

REFLEXIONES SOBRE LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO PENAL*

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

SUMARIO: I. *Los principios del proceso.* II. *Función del proceso.* III. *Mínima intervención estatal.* IV. *Legalidad.* V. *Equilibrio.* VI. *Contradicción.* VII. *Persecución pública.* VIII. *Persecución por denuncia o querrela.* IX. *Conciliación.* X. *Inocencia.* XI. *Mínima afectación de intereses y derechos.* XII. *Verdad histórica.* XIII. *Prueba libre.* XIV. *Prueba legítima.* XV. *Valoración crítica de la prueba.* XVI. *Defensa adecuada.* XVII. *Defensa material.* XVIII. *Inmediación.* XIX. *Diligencia.* XX. *Oralidad.* XXI. *Publicidad.* XXII. *Lealtad y probidad.* XXIII. *Ejecución oficiosa de la sentencia.*

I. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO

El examen de los principios del proceso penal permite mirar en toda su extensión y profundidad el enjuiciamiento de esta especialidad, que es, por cierto, la que más hondamente afecta los bienes e intereses del individuo, por una parte, y la que más intensamente muestra la dialéctica entre las libertades del ser humano y las atribuciones del poder público, por la otra; más todavía que el juicio constitucional o el contencioso administrativo, a pesar de que en éstos contienden formal y directamente la autoridad y el ciudadano. En aquél están en juego los valores radicales del hombre: la vida, ante todo; luego, la libertad. De hecho, la historia del control de la legalidad en los actos de las autoridades se halla estrechamente asociada a la historia de la represión penal; dígallo, si no, el *habeas corpus*.

Los principios son reglas que dominan, encauzan, explican el proceso. Reglas derivadas de la ciencia y la experiencia, atentas a las decisiones político-filosóficas que son raíz y razón de cierto sistema procesal, aunque no necesariamente de todos los sistemas procesales, en cualquier tiempo y dondequiera. Para esos principios, como para las normas que de ahí se deducen o que ahí desembocan, también existen el aquí y el ahora; el plano del tiempo y las fronteras del espacio.

* Ponencia.

Del modo que las normas tienen un ámbito de validez espacial y temporal bien acotado, al que denominamos vigencia, los principios tienen un campo de operación más o menos perceptible, que son su propio género de vigencia, dependiente de cierta forma de comprender y decidir las relaciones entre el poder político que administra el proceso y el ser humano que en él comparece.

El humanismo y la democracia definen aquel campo: son sus referencias exactas; donde crece el respeto por el hombre y se afianza la soberanía del pueblo, florece determinado sistema de enjuiciamiento, acogido a principios característicos; otro tanto sucede si las cosas ocurren a la inversa. Los principios que informan el proceso contemporáneo en la mayoría de los países —lo que llamamos, con algún exceso retórico, la comunidad de las naciones civilizadas— no son precisamente los mismos que lo gobernaron bajo el derecho germánico o el sistema inquisitivo del Medievo. Pasaron los tiempos de éstos, cambiaron los principios, se modificó el proceso.

Ciertamente esta manera de entender los principios, que los observa con un lente deductivo, no es la única que existe. También pueden quedar establecidos a la inversa, por inducción, a partir de las soluciones que contienen y reiteran las leyes; de ellas derivarían, pues, los principios. Ambas perspectivas son útiles, aunque no en la misma dimensión o con el mismo alcance. Una implica que el proceso se ajuste a determinadas condiciones superiores; bajo ellas se valora, interpreta, reanima. Otra implica un ejercicio rigurosamente técnico, que entiende al sistema procesal como un todo construido, y de él desprende, sin arriesgarse en valoraciones —que no son su propósito, aunque no las excluye—, los principios que en la realidad de las normas prevalecen; otra cosa es la realidad de su aplicación práctica: su eficacia, en suma.

Claro está que lo deseable, sensato, pertinente es que ambos métodos lleguen a los mismos resultados; esto significaría que el legislador, influido por criterios políticos, acertó en el traslado de éstos a las disposiciones que ha emitido. Y el éxito será completo si además la realidad se ajusta a esos criterios y a esas normas, por ser racionales y practicables unos y otras. Es obvio que si esto no ocurre ya no importaría lo primero; las mejores intenciones políticas se desplomarían y de nada servirían los mayores aciertos de la técnica legislativa: los hechos se habrán rebelado —para bien o para mal— contra los códigos, acaso porque éstos no supieron arraigar en la vida.

A la luz de esos principios procesales, concebidos como he descrito, se construye y reconstruye el proceso. En ellos toman sugerencia los legisladores y a ellos recurren los aplicadores de las leyes para entender los preceptos y conformar su conducta a las disposiciones que los vinculan y a las ideas e ideales que se hallan atrás de las normas, en la doble función de fuente que las determina y horizonte al que se dirigen.

Se suele hablar de principios políticos y técnicos del proceso, como categorías diferentes. He manifestado que los principios políticos son aquéllos que establecen o dominan la orientación del enjuiciamiento y determinan las soluciones procesales más importantes e influyentes; los técnicos son regla para la organización práctica del proceso: en ellos repercuten los primeros.

Este deslinde es válido e interesante. Empero, cada principio puede ser visto desde un doble ángulo: sea como portador o consecuencia de una decisión política que se proyecta en el proceso, sea como regla o método para asegurar que en éste ocurra lo que ha querido la decisión política.

Algunos ordenamientos recientes inician su elenco de normas con sendas disposiciones sobre los principios y las garantías del proceso. Esto hacen, por ejemplo, los novísimos códigos procesales penales de Morelos (1996) y Tabasco (1997), a los que me referiré frecuentemente en el curso de este trabajo. Sin embargo, no es indispensable —aunque sea útil, informador, ilustrativo— que los ordenamientos mismos acuñen los principios como normas específicas. Finalmente, lo que importa es que los asuman, absorban, distribuyan en forma consecuente y sistemática en los preceptos que regulan las más diversas instituciones del procedimiento; o dicho en otros términos, que cada acto procesal atienda a esos principios para que todos los procesos se disciplinen a ellos.

II. FUNCIÓN DEL PROCESO

Si pudiésemos hablar de un principio de principios, una regla que se proyecta inexorablemente sobre todas las otras, tal sería el que recogiera la misión del proceso en el orden de las relaciones humanas y de las normas que las regulan. Ese principio de principios diría qué es el proceso, y recordaría por qué y para qué existe.

Esto mismo se encuentra en el artículo 1o. del Código de Procedimientos Penales de Morelos, que dispone:

Por medio del procedimiento penal se actualiza la función punitiva del Estado y se asegura el acceso de los particulares a la justicia pública, en la materia que corresponde a dicha función. El procedimiento atiende al objetivo de conocer los delitos cometidos y la responsabilidad de sus autores y partícipes, como condiciones para determinar las consecuencias legales correspondientes, a través de una sentencia justa, con sujeción a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a la particular del Estado de Morelos y a la legislación aplicable. La actividad de los sujetos procesales y de los demás participantes en el procedimiento atenderá a esos propósitos. Para ello se valdrá de los medios que la ley autoriza.

Es así que se recoge la tarea inherente al proceso penal, su labor característica: actualizar la función punitiva del Estado. El proceso es un factor *sine qua non* para que esa función opere en el caso concreto. También se invocan las normas constitucionales que son el mandamiento supremo entre todas las normas de la Unión, fuente de éstas. Esa invocación se hace por una doble vía, la referencia a la ley fundamental de la República y la alusión a los datos esenciales que ésta contiene a propósito del proceso penal: conocer el delito y la responsabilidad de ciertas personas y aplicar las penas que procedan.

Hay en esa disposición legal un compromiso ético-jurídico de primera importancia, que resuelve la condición del proceso como agente de la justicia, y no apenas de la seguridad jurídica o de la paz a todo trance: el concepto de "sentencia justa", que expresivamente se asocia, en el artículo 7o. del mismo ordenamiento, al principio de inmediación procesal. Justicia en la sentencia es verdadero acceso a la justicia en sentido material y profundo; la posibilidad de someter el litigio a los tribunales, presentar pruebas y formular alegatos es apenas un acceso formal a la justicia, siempre insuficiente por sí mismo, aunque necesario para que haya justicia material.

La practicabilidad de aquel *desideratum* —justicia en la sentencia— explica el amplio espectro de previsiones procesales, entre ellas las relativas a la defensa del inculcado, la asesoría al ofendido, la objetividad del Ministerio Público, la prueba y los recursos.

El último párrafo del artículo 1o. al que me he referido, subraya la calidad de esta norma como principio de principios, puesto que vincula las actividades de todos los individuos que participan en el proceso, y bien se sabe que éste es un escenario para la participación de un conjunto de individuos bajo diversos títulos; entre ellos el más importante es el de sujetos procesales, pero no es el único. Y la regla del artículo 1o. se extiende a todos, lo que abarca la totalidad de los actos que esos participantes realizan, a cuyo conjunto denominamos proceso.

III. MÍNIMA INTERVENCIÓN ESTATAL

Se ha explorado ampliamente la posición del sistema penal con respecto al sistema político y social. En los círculos concéntricos de la vida colectiva, aquél se localiza en un círculo interior, ahí donde se vela por los bienes y valores más entrañables del ser humano y la sociedad. Para el ejercicio de esta misión, el sistema penal —o bien, el Estado sancionador; el Leviatán de las penas— se halla dotado de medidas extremas —en el estricto sentido de la palabra—, que amparan esos bienes y valores con la amenaza más intensa y el cumplimiento más ejemplar.

Este asunto se observa, sobre todo, a propósito del derecho penal sustantivo. Se le llamó liberal, cuando la atención histórica fundamental estuvo

concentrada en liberar al individuo de la sumisión al poder absoluto; se le calificó de democrático, en el supuesto de que democracia significa un modo peculiar del trato entre el poder y el ciudadano; se le debiera llamar humanista —a mi modo de ver— si se quiere destacar que aun el sistema punitivo tiene el compromiso de respetar la dignidad y proveer al desarrollo de los seres humanos y de la sociedad que éstos integran.

Como quiera que sea, es perfectamente sabido que en una sociedad autoritaria la represión se adelanta y amplía, en tanto que en una democrática se retrae y reduce. Esto, llevado al ámbito del derecho, es un buen indicador de la orientación que tiene y de los cambios —progresos o regresos— que experimenta el sistema jurídico, particularmente el punitivo.

Si bien el punto se ha estudiado sobre todo en el ámbito penal sustantivo, también se puede examinar extensamente —y así se ha hecho, por supuesto— en el régimen del proceso. Allá se habla de una intervención penal mínima, es decir, de la moderación más completa que se pueda en el doble campo del derecho sustantivo: la tipificación de las conductas y la fijación —en entidad y cantidad— de los castigos. En materia procesal habría que afirmar un principio consecuente con aquel desarrollo sustantivo y con las características y la evolución del proceso, mirado como un método, pero no el único —ahora evoco a mi admirado maestro Niceto Alcalá-Zamora—, para la composición del litigio.

Se creyó que el litigio penal, sustraído a la disposición de los particulares, sólo podría ser compuesto con soluciones públicas, es decir, con el proceso conducido por el Estado. Esta creencia ha decaído. También aquí conviene prohijar un sistema de solución extrajudicial —desjudicialización— de la contienda penal, para que corra por otros cauces. Esto significa que el proceso recoja únicamente los casos inmanejables —o muy difícilmente manejables— por otros medios. De esta suerte tendríamos una mínima intervención procesal penal, a cambio de una creciente composición entre la víctima y el victimario. Esto enlaza con otro principio, que luego examinaré: la preferencia por la composición privada.

En nuestro sistema, la mínima intervención se prohija de diversas maneras. Una es ya la disminución de los tipos penales, aunque ésta no es función del régimen adjetivo, sino del sustantivo. Las otras tienen que ver con la llave que abre la puerta de la persecución oficial y la que la cierra, puestas ambas en manos de un legitimado: sea el ofendido mismo, sea otra persona. Esto implica una constante extensión —sensata extensión, se entiende— de las hipótesis de querrela como requisito de procedibilidad —la llamada querrela mínima— y de perdón como causa extintiva de la pretensión y, por lo mismo, del procedimiento. Desde luego, me estoy refiriendo al perdón entre particulares, o bien, entre la autoridad, que se retrae, y un particular, que se beneficia, en los supuestos de excitativa o acto equivalente a la querrela. No aludo, pues, al perdón judicial, que tiene otra naturaleza.

Como sabemos, el perdón ha avanzado de la mano de la querrela, pero también ha ganado espacios propios: por una parte, hay casos de persecución de oficio que pueden ser concluidos, sin embargo, mediante perdón, y la eficacia de éste se ha extendido incesantemente en las diversas etapas del proceso y hasta después de él: desde el periodo previo a las conclusiones, hasta la etapa anterior a la sentencia, y luego a lo largo de la ejecución de la condena, caso que originalmente se contrajo al adulterio —en el llamado, por Francisco González de la Vega, indulto privado— y hoy abarca prácticamente todos los supuestos de persecución a instancia de parte.

Afortunadamente, este rumbo expansivo de la querrela y el perdón es el adoptado por la más reciente legislación penal mexicana. Se vio desde las reformas de 1983; prosiguió en otros avances, derivados de aquélla; y hoy se advierte ampliamente, por ejemplo, en los nuevos códigos procesales penales para Morelos y Tabasco.

IV. LEGALIDAD

Establecido el ámbito de la injerencia persecutoria del Estado —que es una decisión política con raíz filosófica, mucho más que una determinación jurídica— queda pendiente la forma de llevar a cabo esa persecución, desde la advertencia misma del delito —la *notitia criminis*— hasta la emisión de la sentencia, e inclusive después de ésta: durante la etapa ejecutiva que puede acarrear ciertos correctivos de la pena impuesta por el tribunal, sea en favor, sea en contra del sentenciado.

Este es el ámbito natural del principio de legalidad. Lo ha sido, al menos, desde que las grandes declaraciones de derechos humanos destacaron la libertad y la seguridad entre aquellos derechos originales e irreductibles. Legalidad significa que sólo la ley gobierna la persecución, sustraída a cualesquiera otras instancias o influencias, sean autoritarias, sean populares.

La legalidad se analiza en una serie de dogmas trabajosamente consagrados, que abarcan el amplio espectro del *jus puniendi*. El *nullum crimen nulla poena sine lege* es sólo un principio —ciertamente, el principio por excelencia— de la legalidad penal. Otros concurren a establecer este escudo de las libertades: *nulla poena sine conducta*, *nulla poena sine culpa*, *nemo judex sine lege*, *nullum iudicium sine lege*, *nemo judex sine actore*, *nulla executio sine lege*, *nulla poena sine iudicio*, *nemo damnetur nisi per legale iudicium*, y así sucesivamente.

En la rama sustantiva la oposición entre legalidad y oportunidad se resuelve en favor de aquélla. La oportunidad tiene uno de sus reductos más característicos y peligrosos en el régimen de construcción de tipos por analogía. El “sano sentimiento popular”, la “conveniencia de la nación”, la “salud del pueblo”, la “necesidad del Estado” son otras tantas instancias de la oportunidad punitiva.

En materia procesal también existe una oposición, probablemente menos dramática y acaso menos riesgosa o lesiva, entre legalidad y oportunidad: tiene que ver con el inicio mismo de las actividades persecutorias, con el desarrollo del proceso, con el sentido y el contenido de la condena. Desde luego, oportunidad no significa que se carezca de ley que confiera orden y rumbo al enjuiciamiento; esta sería una versión muy primitiva de la oportunidad. En sus versiones modernas, la ley recoge el espíritu de la oportunidad y lo acomoda en normas que permiten a la autoridad —en nombre de la ley misma— disponer “casos de excepción” en aras de una conveniencia que el legislador acuña y transmite al acusador y al juzgador, para que ajusten a ella las pretensiones y las decisiones.

De tal suerte, la oportunidad reacomoda —por así decirlo— los fines específicos del proceso penal. De tal suerte quedan modificadas o matizadas las consecuencias de la verdad histórica y de la individualización, y se instaura una expresión subterránea y naturalmente oscura de la composición. Los motivos para hacer esto —invariablemente políticos, aunque no de política partidaria o electoral— suelen resumirse en cuestiones de seguridad pública. El combate contra el delito, la lucha contra la impunidad, pueden requerir, paradójicamente, que amaine esa lucha y se prohíje la impunidad en algunos casos, que luego llegan a ser muchos. Aquí se produce, abierta o encubierta, una negociación entre el Estado perseguidor y los delincuentes perseguidos. El resultado es la desviación, en la especie, del *jus puniendi*. Ha prevalecido la oportunidad en aras de la seguridad pública.

Vale preguntarse si este género de transacciones es compatible con el carácter ético del proceso —y de las funciones mismas del Estado—, como instrumento para la solución racional y objetiva del conflicto penal. Ahora bien, la negociación sobre los cargos y las sanciones ha ganado un largo trecho en muchos países; no es insólita. Desde luego, hay que distinguir cuidadosamente entre la confesión judicial como resorte del proceso sumario, cuya sentencia no se encuentra predeterminada por el dato de la confesión útil, y la información comprometedor o incriminatoria como factor de la reducción penal. Lo primero no afecta en modo alguno el principio de legalidad, porque quien confiesa no se allana, ni el tribunal está obligado a dar crédito a la confesión y a reducir, en tal virtud, la pena aplicable. Lo segundo sí lo altera, en cuanto el acusador se ve obligado —o al menos “alentado”— a reducir sus pretensiones, y el juzgador a moderar el ejercicio de sus atribuciones.

Este tema permaneció fuera de las leyes mexicanas y de las consideraciones doctrinarias en nuestro país, hasta las reformas constitucionales de 1996, primero, y la expedición de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, inmediatamente después, en ese mismo año. Conviene recordar, sin embargo, que inicialmente se mostraron los lineamientos de esta ley, alejada de la Constitución, y sólo más tarde se inició la reforma de la

ley fundamental, precisamente para hacer posible —es decir, formalmente “constitucional”— el nuevo ordenamiento secundario. No se obtuvo este efecto, sin embargo, porque muchas soluciones de la ley federal contravienen la Constitución, o al menos se alejan de ella.

El principio de legalidad está claramente aludido en el artículo 1o. del Código de Procedimientos Penales de Morelos —que invoca la Constitución de la República, la particular del Estado y la legislación aplicable al proceso—; asimismo, este ordenamiento y el de Tabasco le dedican un precepto específico, en el que se recogen diversas proyecciones de la regla:

Regirá el principio de legalidad estricta en la constitución de los órganos persecutorios y jurisdiccionales, en el desarrollo del proceso y en la emisión de la sentencia. El Ministerio Público se atenderá exclusivamente a la ley en la actividad investigadora de los delitos y en el ejercicio de la acción penal. En ningún caso guiará sus actuaciones o adoptará sus determinaciones por motivos de conveniencia u oportunidad. La misma regla es aplicable al juzgador, en lo que respecta al desempeño de sus funciones jurisdiccionales, sin perjuicio de las consideraciones conducentes a la individualización penal conforme a la legislación de la materia (artículo 2).

V. EQUILIBRIO

Todo el orden jurídico se halla cimentado en la idea de conflicto. De éste resultó el pacto social en el que se quiso fincar el origen, pero sobre todo la razón, de la sociedad política. Por ende, el derecho es un medio para resolver ese conflicto, sea por el consenso —más o menos genuino— entre los potenciales contendientes, que se localiza en el ámbito del derecho sustantivo —sobre todo el amplio régimen del acuerdo de voluntades—, sea por la decisión soberana acerca del conflicto, que vincula a aquéllos y se encuentra en el campo del enjuiciamiento.

Ahora bien, en un Estado de derecho justo —que es mucho más que un Estado de derecho a secas—, el conflicto no debiera dirimirse de cualquier manera. Creo que el signo característico de la solución radica en el equilibrio, trátase del que pretende el derecho material entre los individuos o los integrantes colectivos de la comunidad nacional, que requieren de satisfactores, trátase del que procura el juzgador entre los litigantes que ante él comparecen.

Si el equilibrio se rompe o reduce, el derecho deviene injusto o ineficaz; entonces aparecen los correctivos consabidos: la revolución o la evolución, ésta a través de la reforma legislativa. Tal es una de las características de la reforma legal justificada: que restaure el equilibrio; otra es el progreso, que en el fondo se resume en una nueva expresión del equilibrio, superior a la preexistente.

Si cualquier manifestación del proceso tiene que hacer en el terreno del equilibrio, mucho más profunda y delicada es la encomienda que en este sentido corresponde al proceso penal. En las otras ramas procesales la contienda y el equilibrio consiguiente ocurren entre individuos (proceso privado), entre intereses y sectores sociales, que se concretan en personas individuales o colectivas (proceso social), o entre la autoridad y los ciudadanos (control judicial de la constitucionalidad y contencioso agrario).

En materia penal, en cambio, el equilibrio se distingue por otros datos destacados. En primer término, los protagonistas del proceso penal —independientemente del juzgador, brazo del Estado— son más numerosos y complejos: el inculcado (asistido del defensor), el ofendido (apoyado por el asesor), y la sociedad en pleno (representada por el Ministerio Público, que también es brazo del Estado). Por ende, el proceso penal —cada proceso— convoca el interés de todos, tanto en la medida abstracta en que el delito afecta bienes jurídicos con relevancia social, como en la concreta en que altera la seguridad y la paz.

Esta proyección del principio de equilibrio, la más intensa, se expresa en el artículo 3o. del Código de Procedimientos Penales de Morelos, que concilia aquél con el principio de legalidad: “En los actos del procedimiento penal se asegurará el debido equilibrio entre los legítimos intereses y derechos del inculcado, el ofendido y la sociedad, en la forma y términos previstos por la ley”. La fórmula recoge todavía el espíritu del derecho de orientación liberal: menciona ante todo al inculcado —referencia explicable, además, por cuanto es éste quien se halla sometido al proceso—, y luego el segundo párrafo del precepto desarrolla brevemente otras expresiones de la tutela estatal para el inculcado, hasta el dogma *in dubio pro reo*, traducido así: “En caso de duda, el juez absolverá al inculcado”.

El mismo principio de equilibrio —expuesto en diversas manifestaciones, que engendran nuevos principios procesales— se explaya en otros párrafos del propio artículo 3o., que ponen a cargo del Ministerio Público —como órgano de legalidad, mejor que como órgano de “buena fe”, como se suele decir— y del juzgador, en sus respectivos casos, la misión de asegurar los derechos esenciales del inculcado y del ofendido.

El artículo 6o. del ordenamiento morelense se destina al equilibrio y la legalidad en el quehacer del Ministerio Público; otro tanto ocurre en el precepto de igual número del código tabasqueño. De esta suerte se ha querido rescatar, evidenciar, subrayar este principio justamente en relación con la autoridad que pudiera actuar en sentido diferente —de manera deliberada o inadvertida—, en virtud de su cometido social de representante de la colectividad en la lucha contra la delincuencia y de su futuro cometido procesal —concluida la averiguación previa— como depositario de la acción penal: encargado del ejercicio de ésta y de la acusación que corre por ella.

No parece necesario decir lo mismo, tan enfática y detalladamente, en relación con el juzgador, puesto que su función siempre se ha visto —aunque no siempre se haya cumplido— como naturalmente equilibradora: es, en fin de cuentas, según sostiene la doctrina, el tercero imparcial puesto sobre los contendientes para resolver la controversia. Si el juzgador asume tareas o aires de fiscal, se vería confirmado el inquietante dicho: “quien tiene por acusador al juez, necesita como defensor a Dios”.

El artículo 6o., en efecto, señala:

El Ministerio Público observará la más rigurosa objetividad en el desarrollo de la averiguación previa. En todo caso procurará el conocimiento de la verdad sobre los hechos y la responsabilidad de sus autores o partícipes. En tal virtud, estará obligado a recabar con igual diligencia las pruebas de cargo y descargo sobre los hechos, la participación delictuosa y otros puntos sujetos al procedimiento, que sean pertinentes para establecer la verdad histórica y resolver con este fundamento, lo que proceda sobre el ejercicio de la acción. En su desempeño como parte procesal, el Ministerio Público ajustará su actuación a los principios de legalidad y buena fe.

De la legalidad me ocupo en otro punto de esta exposición. Por lo que toca a la “buena fe”, esos ordenamientos locales recogen una expresión antigua y acostumbrada. Se quiere decir que el Ministerio Público no es un acusador a ultranza. Esto mismo se desprende de otra expresión más rigurosa, que ya no depende de referencias subjetivas —como la buena o mala fe, que finalmente aluden a una inclinación de las personas, más que a un rasgo de las instituciones—, sino de datos objetivos: órgano de la legalidad. Lo es el Ministerio Público, patentemente, en otros ámbitos; tiene este cometido cuando figura como parte *sui generis* en el juicio de amparo.

En segundo término, en el proceso penal entran en juego temas infinitamente más intrincados y resbaladizos que los característicos de otros sectores del proceso. En éstos hay intereses materiales en pugna; cuestiones de patrimonio, en fin de cuentas, aunque también existan problemas de mayor complejidad o delicadeza: la vigencia del Estado de derecho, en un caso específico, o la justicia social concretada como justicia agraria o laboral, asimismo en un supuesto particularizado.

En cambio, en el ámbito penal se juzga acerca de cierto hecho perceptible y sobre la relación entre una conducta humana y un resultado típico. Pero también se pondera la culpabilidad; entra en juego la intención, a pesar de que no nos hallamos en el territorio de las normas morales; se explora la peligrosidad, ahí donde todavía subsiste explícitamente esta noción; se analiza el futuro probable, por exigencia de ciertas normas a propósito de la libertad provisional y los sustitutos de la pena, por ejemplo; se estudia, en fin de cuentas —bajo la designación que se quiera, desde la más ex-

plícita hasta la más elusiva— la personalidad del agente e inclusive la del ofendido, hoy sujeto a la mirada penetrante de la victimología.

El vivo contraste entre los intereses en conflicto, que se encrespa bajo el viento de sucesos inquietantes o irritantes, trae consigo múltiples movimientos en el gran sistema de equilibrio que el proceso encarna. Ora se acentúa la tutela de la sociedad, bajo la persistente preocupación —que hoy predomina en México— de generar condiciones de seguridad y confianza; ora se pone el acento en la suerte del ofendido o, incluso, de las víctimas del delito —cuya posición ha mejorado gradualmente en el derecho mexicano—, que reclaman castigo para el delincuente y son acreedoras al resarcimiento; ora se pone énfasis en los derechos y garantías del inculpado —que avanzó un largo trecho en los últimos años—, siempre en riesgo grave con motivo de la contienda formal entre el Estado y el (probable) delincuente, que no sólo se zanja en las audiencias judiciales, sino también en los “separos” del Ministerio Público y la policía, o en el claustro amurallado de las cárceles.

En este juego de las posiciones procesales —que sería un modo de denominar al enfrentamiento penal— hay peligro de incurrir en desequilibrios que acerquen las dos fronteras del derecho en su conjunto, en vez de alejarlas: el despotismo y la anarquía. Si aquéllo sucede, es preciso reformar las reglas del proceso y reponer una vez más el equilibrio perdido o menoscabado, ahora en un plano superior, más juicioso y esmerado.

VI. CONTRADICCIÓN

El equilibrio entre las partes que contienden en el proceso, al que arriba nos hemos referido ampliamente, desemboca en una necesidad que a su turno apareja uno de los principios centrales del proceso penal moderno: el contradictorio. Esto implica la existencia de partes, la colaboración entre éstas (o bien, de éstas) para llegar al objetivo que se propone el proceso, la actuación receptiva y moderadora del órgano jurisdiccional con respecto al actor y al reo.

No hubo nada de esto bajo el antiguo sistema inquisitivo, en que el inculpado era objeto del proceso, no sujeto de éste, y por lo tanto se entregaba a él indefenso y pasivo. Quedaba excluida la contienda; no había dialéctica entre partes; el inculpado recibía la andanada y aguardaba la sentencia, sencillamente.

Entusiasta del contradictorio, Calamandrei dejó dicho en su bella colección de conferencias dictadas en México y publicadas en Buenos Aires bajo el título de “Proceso y democracia”, que en ese proceso moderno, “que corresponde a los principios constitucionales de los nuevos ordenamientos democráticos, las dos partes son siempre indispensables. El principio fundamental del proceso, su fuerza motriz, su garantía suprema, es el ‘principio del contradictorio: *audiatur et altera pars; nemo potest inauditus damnari*”. De

tal suerte, el contradictorio apareja la defensa y ésta sólo tiene sentido cuando se preserva el derecho de audiencia y se requiere, para imponer la pérdida de un derecho sustantivo material o su reducción a título de pena, que el sujeto sea previamente oído y vencido en juicio.

El principio del contradictorio exige que el inculpado, así como el ofendido —en el ámbito de su participación procesal para reclamar el resarcimiento— y desde luego el Ministerio Público, dispongan de todos los medios para presentar en el proceso sus respectivas posiciones: pretensiones y defensas. En torno a ellas se desarrollarán la intervención de cada uno de estos personajes del drama procesal, paso a paso, en una dialéctica perseverante, que se inicia con el primer cargo y la primera defensa y se desenvuelve detalladamente hasta agotar los recursos y quedar la sentencia en estado de ejecución.

Una de las más notables exigencias del contradictorio se concentra en la práctica de las pruebas. Es preciso que en ella intervengan —como vigilantes atentos, prontos a esgrimir sus derechos bajo la ley probatoria— las partes en el proceso; no pueden desahogarse las probanzas a sus espaldas; no pueden convertirse en sorpresas que sellen la suerte del juicio, sin que pueda saberlo —y evitarlo, en su caso— la parte a la que perjudique la prueba.

Es así que el artículo 78 de los ordenamientos procesales de Tabasco y Morelos, al que volveré a referirme en otro lugar de esta exposición, dispone que las pruebas sean “desahogadas con citación y en presencia de las partes. Esta disposición comprende los casos en que el juzgador disponga nuevas diligencias probatorias o la ampliación de las practicadas”. Por ende, las diligencias para mejor proveer, dispuestas por el tribunal en la búsqueda de la verdad histórica, tampoco se sustraen al régimen de contradicción: es verdad que no provienen del pedimento de las partes, pero en todo caso éstas pueden intervenir en las actuaciones correspondientes, exactamente igual que si se tratase de analizar, criticar, reprobear una probanza suscitada por cualquiera de ellas.

VII. PERSECUCIÓN PÚBLICA

La persecución —*poursuite*, en francés, de donde probablemente fue tomado el término por los legisladores mexicanos— implica más que el ejercicio de la acción penal. En realidad, reúne todas las actividades conducentes a establecer la naturaleza delictiva del hecho, esclarecer la responsabilidad del autor, obtener la aplicación de las sanciones penales correspondientes, lograr la imposición de las sanciones civiles respectivas —esto es, el resarcimiento— y consumar la ejecución de la condena.

Vale recordar aquí que el texto original del artículo 21 de nuestra Constitución encomendaba al Ministerio Público —y a la policía judicial que

actuaría bajo las órdenes de éste— la persecución de los delitos. El Poder Revisor enmendó la plana en 1996 y señaló que corresponde al Ministerio Público tanto la investigación como la persecución de los delitos. Esta enmienda constitucional es buen ejemplo del reformismo que nos aqueja. Obviamente no había necesidad alguna de que el Constituyente Permanente, nada menos, introdujera a la ley suprema aclaraciones inútiles, acaso controvertibles, sobre un punto que jamás había suscitado la menor duda ni provocado injusticia, impunidad o siquiera controversia.

Enlazado el *jus puniendi* con las funciones esenciales del Estado, parecería natural que se confiaran a éste, y sólo a él, todos los actos de persecución. Esta sería una presentación tan absoluta como abstracta del *jus puniendi* concretado en la persecución penal. En realidad, difícilmente podría haber —o debería haber— un sistema tan cerrado. Por diversos medios se ha recogido la intervención privada en actos persecutorios: desde la apertura del procedimiento, como se ve en otro lugar de este trabajo, hasta el cierre de la ejecución.

A diferencia de otros sistemas, en que el ofendido o *quivis de populo* pueden promover el proceso y actuar como partes en éste, sosteniendo la acusación, en México aún predomina la acción oficial en manos del Ministerio Público, único órgano legitimado para ello bajo la interpretación dominante del artículo 21 constitucional, que no varió —sino acaso se acentuó— con la trivial reforma que sufrió el precepto en 1996.

El antiguo monopolio de la acción penal, combatido y resistente, seriamente averiado por la reforma constitucional de 1994, constituye todavía uno de los rasgos más enérgicos y característicos del proceso penal en México. No en balde tiene raíces profundas —explícitas o implícitas— en el Constituyente de Querétaro. Su persistencia también deriva de la tradicional fortaleza del Ministerio Público mexicano, un bastión asediado al que últimamente se han dirigido golpes demoledores. Obviamente no me refiero a los avatares en la marcha cotidiana de la institución, sino a los embates sobre su naturaleza, organización y funcionamiento.

El sistema de persecución oficial, que no se aviene con la generalizada —y no siempre benéfica— tendencia privatizadora, halla salidas en otras figuras del proceso; así, el creciente número de casos en que la persecución depende de la instancia del ofendido y cesa con el perdón. En realidad, se ha incrementado notablemente la presencia del particular ofendido en el proceso penal, sin conferirle —todavía, diremos— la acción penal. Al correctivo de la querrela se añaden otros dos: una decadencia manifiesta en el monopolio de la acción penal y una nueva presencia del particular en la exigencia de resarcimiento.

En el derecho procesal de nuestro país, el monopolio de la acción penal supuso tres potestades conferidas al Ministerio Público en forma exclusiva, a saber: la atribución de investigar los delitos hasta acreditar, en su

caso, el cuerpo del delito (elementos del tipo penal, se dice ahora, tras la reforma de 1993, que en este punto fue desacertada) y la probable responsabilidad; la facultad de examinar los datos reunidos y resolver en forma autónoma, sin injerencia de otras autoridades y bajo régimen de control interno, sobre el ejercicio de la acción; y la potestad de sostener la acción penal hasta la emisión de la sentencia.

Estos caracteres del monopolio han experimentado reducciones o fracturas. Por lo que hace a la facultad investigadora, últimamente la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada introdujo la extravagante disposición de que los casos de aprovechamiento de bienes de procedencia ilícita —esto es, el “lavado” o “blanqueo” de recursos— se investiguen por el Ministerio Público en necesaria coordinación con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Así se pone a la albarda un aparejo que no contempla el artículo 21 de la Constitución.

La mayor abolición del monopolio deriva de la reforma de 1994 al artículo 21, reforma que afectó lo que he llamado la “macrojusticia”, dejando de lado la justicia menuda y cotidiana, que ciertamente es la más importante y urgente para la inmensa mayoría de la población. Se había debatido largamente, con razones que no es del caso recordar ahora, la posibilidad de que el no ejercicio de la acción penal fuese impugnado ante una instancia externa al Ministerio Público. Finalmente esta posibilidad se abrió paso en la reforma de 1994, que alude a una vía jurisdiccional. Empero, esa vía no existe aún, pese a los dos años y medio transcurridos —hasta mayo de 1997— desde que entró en vigor la reforma constitucional. Esto trae consigo el riesgo de que la impugnación se haga por medio del amparo, que no fue lo deseado por el apresurado Constituyente de 1994.

Aludí a otro correctivo de la persecución oficial, que se comprende mejor a la luz de la legislación mexicana que del sistema vigente en otros países. Desde 1931, el Código Penal para la Federación y el Distrito Federal consagró la extraña idea de que la reparación del daño privado derivado de un delito tiene naturaleza de pena pública; por lo tanto, la correspondiente exigencia se reserva al Ministerio Público en ejercicio de la acción penal. Esta disposición, adoptada con el buen propósito de proteger a las víctimas desvalidas, jamás ha logrado su noble objetivo. Se tradujo en el oscurecimiento del ofendido, a título de coadyuvante del Ministerio Público —una especie de auxiliar modesto, sin voz en el proceso.

Últimamente ha virado el mal rumbo de la legislación. Los códigos procesales de Morelos y Tabasco rectificaron el concepto: la reparación de daños y perjuicios es consecuencia civil del delito, puede ser reclamada por el ofendido en el proceso penal mismo mediante una acción principal, el Ministerio Público sólo asumirá la condición de actor —titular de una acción subsidiaria— cuando el ofendido no pueda asumir la representación de sus

intereses. De esta suerte se combinan los mejores elementos de ambos sistemas para la reclamación del resarcimiento.

VIII. PERSECUCIÓN POR DENUNCIA O QUERELLA

Entre los datos del sistema procesal inquisitivo figura el inicio oficioso del proceso por iniciativa del propio tribunal. Para impedir este despliegue policial del juzgador se afirmó un principio de signo contrario: *ne procedat iudex ex officio*, o bien, *nemo iudex sine actore*. La perseguibilidad de la conducta ilícita ha experimentado, a partir de este contraste, una larga y compleja evolución.

Hoy día se suele exigir que alguien —la policía, un funcionario en el desempeño de sus atribuciones, un particular— traslade al órgano investigador la *notitia criminis*, que es un presupuesto de presupuestos: es decir, el objeto del proceso, los sujetos de éste y el acto que lo pone en marcha (acción) —todos ellos presupuestos de la relación procesal— no entran en la escena sin que se aporte a la autoridad la noticia del (probable) hecho delictuoso.

En México, la interpretación uniforme del artículo 16 constitucional, que no ha variado desde 1917, considera que el Ministerio Público sólo puede iniciar la averiguación previa, que luego desembocará en el proceso, cuando medien denuncia o querella, concebidas como requisitos de procedibilidad. Nuestra doctrina impugna cualquier retorno a las figuras de la pesquisa y la delación.

El requerimiento de denuncia o querella para iniciar la persecución penal no implica apenas la satisfacción de un requisito formal, un punto de orden en el enjuiciamiento; llega mucho más lejos: establece la exigencia de que la autoridad y el inculpado conozcan con toda certeza quién acusa y de qué se acusa; de tal suerte, el funcionario podrá valorar la fuente de la *notitia criminis*. Esto implica tanto un control sobre la conducta de la autoridad, como una doble proyección de la responsabilidad: la del probable delincuente, por una parte, a quien se inculpa; y la del denunciante o querellante, por la otra, que formula las imputaciones. En suma, se quiere ahuyentar cualquier reposición vernácula de la “boca de la verdad”, que en otros tiempos recibía las delaciones en Venecia.

No obstante estos postulados del derecho procesal mexicano, en el azaroso horizonte de las leyes secundarias han aparecido, de cuando en cuando, inquietudes delacionistas. Así se vio en el Código Aduanero, ya corregido en este punto, que convirtió la delación en negocio, y así se observa en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de 1996. El artículo 38 de este ordenamiento dispone que cuando se reciban “informaciones anónimas” sobre la comisión de delitos considerados en esa ley, el Ministerio Público “deberá ordenar que se verifiquen estos hechos”. Agrega: “En caso de

verificarse la información y que de ello se deriven indicios suficientes de la comisión de estos delitos, se deberá iniciar una averiguación previa...”.

Esta norma tiene la conciencia intranquila; por ello insiste en que se abrirá una averiguación previa cuando queden confirmados los hechos que comunicó el delator. Empero, ese texto no alcanza a ocultar lo que es evidente: la verificación de la noticia requiere investigación; por lo tanto, ya estamos ante una averiguación previa, aunque la voluntariosa ley sólo asigne este nombre a lo que será la segunda etapa de la averiguación, una vez que en la primera quedó comprobada —nada menos— la existencia del delito.

El principio que ahora examinamos plantea dos asuntos más, entre otros, que conviene mencionar ahora. Uno se refiere a la tutela del ofendido; el otro, a las atribuciones promotoras del procedimiento penal a cargo de servidores u órganos del Estado. Me referiré brevemente a estos temas.

Es cierto que la persecución a instancia de particulares se halla sujeta a la decisión de éstos: los propios afectados o sus representantes legales o convencionales, es decir, los legitimados para formular querrela. El Estado no podría forzar esa instancia, mucho menos en la etapa actual, que reduce la perseguibilidad de oficio y amplía la subordinada a la voluntad de los interesados. Para el ejercicio de su derecho a la querrela, éstos enfrentan dos obstáculos: uno, la prescripción —o caducidad— del derecho a querrellarse, que suele operar con más diligencia en estos casos que en los de persecución oficiosa; y dos, el desconocimiento de que han sido afectados por una conducta probablemente delictuosa.

No sería posible prescindir del régimen de prescripción —no obstante sus patentes defectos desde el punto de vista de la justicia estricta, y en virtud de sus manifiestas ventajas desde la perspectiva de la paz y la seguridad jurídica—, pero tampoco parece razonable que el Estado permanezca indiferente, inerte, cuando ha tenido conocimiento de la comisión de un delito perseguible por instancia del ofendido, y ésta no ha sido formulada. Si el Ministerio Público adquiere semejante conocimiento por medio de una denuncia mal formulada, debiera hacerlo saber al ofendido para que éste resuelva, con toda la libertad que la ley le confiere, pero al mismo tiempo con pleno conocimiento de causa, lo que estime pertinente.

Por lo que hace a los actos equivalentes a la querrela, cualquiera que sea su denominación, atribuidos a ciertas autoridades públicas, vale considerar que la persecución de la conducta ilícita no es apenas una facultad arbitraria que recoge un interés disponible por parte de aquéllas. Tiene otro carácter y debiera hallarse regulada de diversa manera. El Ministerio Público no puede asumir el papel que sólo corresponde a la autoridad legitimada para cumplir el requisito de procedibilidad, pero ésta tampoco puede resolver en silencio y sólo ante sí misma en qué casos actúa —permitiendo así la persecución de una conducta probablemente delictuosa— y en cuáles otros se abstiene de hacerlo.

Por ello la ley procesal federal introdujo hace algunos años la regla de comunicación formal por el Ministerio Público a la autoridad que pudiera formular querrela, acerca de la probable existencia de un delito cuya persecución se supedita a ésta; la autoridad destinataria debería, a su vez, manifestar oficialmente, por escrito, si presenta u omite la querrela. Esto se dispone en el artículo 112 del Código de Procedimientos Penales de Morelos y en el de igual número del correspondiente a Tabasco. Así queda a salvo la posibilidad de valorar la pertinencia, racionalidad y legitimidad de la conducta de esa autoridad.

IX. CONCILIACIÓN

Como dije, se solía afirmar que el proceso era el único método natural para resolver el litigio penal. Esto erradicaba las soluciones autocompositivas, constantemente previstas, por cierto, en las constituciones históricas de México, aunque se reservasen para delitos de escasa monta, como las injurias. Los casos de negociación entre agente y ofendido fueron vistos como residuo de un pasado distante —en el que la víctima tuvo el papel central en la revancha punitiva— o como sucedáneo ilícito de la actividad pública, que podría ameritar, según la forma que adoptase, una nueva reacción punitiva.

La intervención mínima del Estado en la solución penal se proyecta también en este campo. Ya no se descarta la composición obtenida a través de la conciliación y el convenio. Por el contrario, se favorece este género de entendimientos que desjudicializa el conflicto y, lo que es más importante, culmina o puede culminar en la mejor solución posible: la lograda por los mismos contendientes, acercando sus respectivas posiciones, y no la impuesta por el tribunal oficial, imponiendo su razón y su decisión a las razones y decisiones de las partes.

El principio de conciliación tiene abundantes manifestaciones. Es obvio que tiene su raíz o su oportunidad, como se quiera, en la institución de la querrela, afianzada por la expectativa del perdón. Después de haber visto con lejanía la fórmula compositiva, el Estado tiende a propiciarla, ya no sólo a permitirla. La legislación de Morelos y Tabasco, por ejemplo, ha puesto a cargo del Ministerio Público en la etapa de averiguación previa, e incluso del juzgador en la de proceso, la misión de promover y alentar el entendimiento que permita una solución pactada y cierre, por lo mismo, el proceso penal.

Hubo antecedentes de esta tendencia en el Ministerio Público conciliador admitido hace algunos años en el Distrito Federal. Así, el procedimiento penal toma figuras benéficas del derecho con orientación social: familiar, laboral y agrario, cuyos procedimientos abren una amplia oportunidad a la conciliación.

El punto débil de esta fórmula es el mismo que pone en predicamento cualquier convención fincada en la autonomía de la voluntad de las partes: la desigualdad real, cubierta por una aparente igualdad procesal. Es evidente que bajo la capa de la conciliación y el convenio pueden ocultarse —y en efecto se ocultan con frecuencia— pactos inequitativos en los que el fuerte somete al desvalido, o en los que una parte arrolla a la otra, que opta por someterse a pretensiones indebidas en aras de una resolución cierta y pronta.

Es por lo menos cuestionable la intervención de las autoridades en este género de acuerdos reprochables, pero tampoco sería admisible que aquéllas llevaran adelante la averiguación o impulsaran el proceso para arribar a la sentencia, a contrapelo de las partes, resueltas a decidir mediante convenio lo que la ley les permite solucionar de esa manera. En estos casos, lo menos que puede hacer la autoridad es advertir —dejando constancia de ello— las deficiencias o los excesos en el convenio, pero no podría evitar o desconocer el acuerdo de voluntades, salvo que éste implique una conducta contraria a la ley y no un mero abuso que la ley tolera. Aun así, el Estado no podría prescindir del querellante y desarrollar un proceso que aquél no desea.

Aunque se trata de una institución del derecho sustantivo, y no del proceso, es interesante observar que en el derecho mexicano comienza a abrirse paso la reconciliación entre el infractor y el ofendido, o bien, la reparación del daño por parte de aquél, como medio para que cese la ejecución de una condena a multa o semilibertad (artículos 75 de los códigos penales de Morelos y Tabasco). Esto marca un nuevo camino para el porvenir.

X. INOCENCIA

Los diversos órdenes del enjuiciamiento, que aparejan menores molestias que el penal y acarrear consecuencias mucho menos graves, no se ocupan en establecer de antemano la condición jurídica —y hasta moral— del demandado. No hay un juicio previo o “prejuicio” a este respecto, que sólo sería revocado por la sentencia que dicte el tribunal. En cambio, el derecho de nuestra materia —sembrado en las luchas del más acendrado liberalismo— ha creído necesario advertir que se considera inocentes a todas las personas, hasta que se compruebe su culpabilidad.

Esa comprobación, si se quiere que sea definitiva, sólo puede residir en la sentencia. El principio que ahora invoco corresponde, desde luego, al sistema procesal mejor que al penal; realmente no supone una decisión sustantiva, sino una regulación adjetiva: que se trate al inculcado como si fuese inocente de los cargos que se formulan contra él. Aquí se actualiza, en alguna de sus manifestaciones, la conocida expresión de Enrico Ferri: el código de procedimientos es el ordenamiento de los hombres honrados, porque recoge todo el aparato de defensas que éstos pueden oponer a la imputación

indebida; el código penal lo es del delincuente, porque se aplica —la sanción— a quien fue hallado responsable de la conducta punible. Es obvio que el planteamiento que ahora comento tiene o puede tener implicaciones fuera del proceso, pero es en éste donde se desarrolla o naufraga el principio.

Es plausible el esfuerzo en favor de la libertad humana que apareja la presunción de inocencia. Lo es, sobre todo, porque arroja sobre el Estado, cuando éste acusa, la obligación funcional de probar los cargos. No será el inculcado quien se vea sujeto a una carga procesal a propósito de la prueba de su inocencia; lo ampara una presunción relativa, *juris tantum*, al menos en lo que toca a su relación con los hechos punibles, aunque deba probar las excluyentes de incriminación y las causas de extinción penal que lo favorezcan; sin embargo, aun en este punto es discutible la existencia de una carga para el inculcado, sin verdadera obligación para otros sujetos, puesto que aquellas eximentes y las mencionadas causas extintivas también se harán valer de oficio.

Claro está que la presunción de inocencia queda disminuida —o se modera, para decirlo de otro modo— en el derecho y en los hechos, cuando se toma nota de la cantidad y calidad de molestias que es posible inferir al inculcado, no obstante su presunta condición de inocente: a la cabeza de esta compresión de los derechos más elementales figuran la prisión preventiva y el aseguramiento de bienes.

La Constitución mexicana no menciona la presunción de inocencia. Lo hacen algunos ordenamientos procesales estatales y ciertos reglamentos sobre ejecución de sanciones, e incluso alguna ley sobre menores infractores. Más todavía, cabe preguntarse sobre la validez del principio bajo nuestra ley fundamental, si el proceso penal se construye precisamente sobre una hipótesis contraria, que siempre ha estatuido el artículo 19 y que actualmente mencionan tanto éste como el 16: la probable responsabilidad del inculcado, expresión que en el lenguaje forense se suele traducir como “presunta responsabilidad”.

Hablar de probable responsabilidad puede significar dos cosas: que la responsabilidad está sujeta a prueba, o que hay indicios bastantes para suponer que el indiciado probablemente es responsable del delito que se le atribuye. Lo primero implica que la prueba está pendiente; lo segundo, que ya se ha practicado y que sus conclusiones permiten afirmar que existe al menos un principio de exigencia sobre la responsabilidad penal. En el sistema mexicano se sostiene mejor esta segunda explicación, porque al incoarse el proceso y solicitarse orden de captura o de comparecencia, ya se ha cumplido un amplio trabajo probatorio en la etapa de averiguación previa.

En fin de cuentas —y dejando de lado las severas paradojas que imponen las medidas cautelares penales—, el propósito máspreciado de la presunción se mantiene a salvo: es el acusador oficial quien debe probar la culpabilidad, como condición para la pena; el inculcado no debe probar la

inocencia, como condición para que se le exima de aquélla. Esto rige generalmente en el derecho nacional. Empero, hay desviaciones sobre las que es preciso reflexionar. Estas se alojan en el artículo 22 constitucional.

La confiscación está proscrita por esa disposición, que determina en qué casos procede el decomiso de los bienes de una persona, o de aquéllos sobre los que ésta se conduzca como propietaria, resbaladiza hipótesis que puede poner en riesgo el interés de un tercero inocente. Los supuestos son dos: enriquecimiento ilícito de servidores públicos y delincuencia organizada.

El segundo motivo se detalla en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. El párrafo final del artículo 4o. de este ordenamiento dispone el decomiso de los "bienes propiedad del sentenciado (por delincuencia organizada y otros delitos relacionados con ésta) y aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes". A su turno, el artículo 29 autoriza el aseguramiento judicial de bienes, "quedando a cargo de sus tenedores acreditar la procedencia legítima de dichos bienes, en cuyo caso deberá ordenarse levantar el aseguramiento". En el mismo sentido va el artículo 30.

Tomando en cuenta que el decomiso es una pena prevista en el código de la materia, debiera ser la consecuencia jurídica de la comisión de un delito, comprobado por el acusador en el proceso. Empero, no es esto lo que postulan los preceptos citados; en sus términos, el acusador no está obligado a probar que los bienes asegurados y decomisables son objeto, producto o instrumento del delito; lo único que se necesita es acreditar el derecho de propiedad que sobre ellos tiene el delincuente o demostrar que éste, aun no siendo propietario, se conduce como tal. Toca al inculpado la carga de acreditar la legítima procedencia de aquéllos.

XI. MÍNIMA AFECTACIÓN DE INTERESES Y DERECHOS

La vida en sociedad impone, quiérase o no, una seria afectación de los intereses particulares. La construcción del sistema jurídico acerca de esos intereses afectados supone, inevitablemente, la limitación de los derechos privados, además del acotamiento de las atribuciones públicas. Siempre existen, por lo menos, las fronteras del derecho ajeno, en un extremo, y de las garantías individuales, en el otro. Este esquema de restricciones racionales y acotadas se ha llevado al proceso.

Es obvio que el enjuiciamiento apareja, desde los actos más sencillos hasta los más complejos, una vulneración de intereses en entredicho y una reducción, compresión o suspensión de derechos particulares. Ahora bien, de los principios de mínima injerencia, equilibrio e inocencia deriva otro principio específico, que debiera ilustrar —y de hecho así lo hace, en diversa medida— todas las instituciones procesales: la afectación racional de intereses y derechos, que se traduce en una vulneración mínima, la menor

necesaria en las circunstancias concretas. En rigor, este régimen de mínima afectación es el saldo que resta del principio de inocencia.

A la mínima afectación, como principio rector del procedimiento penal, alude el segundo párrafo del artículo 3o. del ordenamiento procesal penal de Morelos: "Se reducirán al mínimo las molestias que el procedimiento ocasiona al inculcado, en forma compatible con las disposiciones de la ley, la búsqueda de la verdad y la buena marcha del procedimiento". Claro está que aquí nos hallamos ante un criterio para la aplicación de la ley vigente, bajo las normas que ésta contiene; en una etapa anterior de las funciones del Estado, el legislador debe organizar el proceso en forma tal que efectivamente se reduzca al mínimo la afectación de intereses y derechos.

Esa misma norma ya fija —dentro de la corriente procesal que generalmente prevalece— las referencias que fundan los actos de molestia, tanto para el legislador que los autoriza como para los funcionarios que hacen uso de ellos: búsqueda de la verdad y buena marcha del procedimiento. Una limitación más amplia, desconectada de estas necesidades, sería excesiva, y por lo tanto, tiránica. Sólo anticiparía el castigo, yendo más allá de las exigencias del enjuiciamiento; sancionaría antes de que se acredite la legitimidad de la sanción.

Sería imposible mencionar ahora todas las manifestaciones de este principio en el proceso en general, y específicamente en el penal. Cabe decir que en éste es aún más relevante y delicada la operación de aquél: están en predicamento los principales bienes de la vida. La historia demuestra que esa afectación, cuando se trata de persecuciones penales, puede llegar a excesos insostenibles: de ello es ejemplo la tortura, no la ejecutada en contravención de las leyes —que es el tormento contra el que hoy luchan todas las naciones—, sino la aplicada bajo reglamento, oficial y minuciosamente, a título de medida conveniente y acaso indispensable para la buena marcha del proceso —que declinó al avanzar las corrientes humanistas en la justicia penal.

Tiene particular importancia el principio de mínima afectación en el sistema de los instrumentos cautelares. Es inexacto que éstos sean sólo personales en el proceso penal y únicamente patrimoniales en el civil. Los hay de ambas naturalezas en los dos órdenes. Sin embargo, en el penal las medidas sobre la persona son constantes, a tal punto que resultan características de él; por lo demás, aquí mismo existen y avanzan las de carácter patrimonial: el ámbito del aseguramiento —voz de extensa connotación— crece sin cesar.

El tema de mayor animación en este campo es la prisión preventiva, seguida de la libertad provisional. Difícilmente se sostendría que la privación cautelar de la libertad, antes de que exista condena, es un modelo de justicia; puede ser, en cambio, una reclamación del bien colectivo, de la seguridad, de la paz social. Bajo estas banderas ha viajado la prisión preventiva, asediada por dos tendencias: reductora en la mayoría de los países, que ufa-

namente muestran las bajas cifras de presos en espera de sentencia; y extensiva en otros, que no menos ufanamente exponen los números en los que se mira cómo disminuye la delincuencia.

El derecho procesal liberal o democrático utiliza la prisión preventiva con medida; ahora bien, la medida —esto es, la medida conveniente— depende de las condiciones generales de la sociedad y de las particulares de cada caso; difícilmente se podría elevar sobre otros cimientos. En México hay una serie de medios para descartar de plano o casuísticamente la prisión preventiva del inculpado: así, la previsión de sanciones no privativas de libertad o alternativas, por una parte, y la libertad provisional, por la otra. La trascendencia de ésta y los debates que hay en torno de ella explican que la institución de la libertad caucional haya sido la más frecuentemente revisada entre todas las de carácter penal que recoge la Constitución, que no son pocas. Entre 1917 y 1997 ha habido cinco textos diferentes sobre este punto.

La reforma de 1996 a la fracción I del artículo 20 corrigió los numerosos y evidentes desaciertos del texto de 1993, pero además fijó un nuevo rumbo, pendiente de mayor desarrollo: la responsabilidad del juzgador en la concesión o la negativa de la libertad, y no solamente en la determinación de la garantía. Así, ha cesado parcialmente el régimen de prejuicio legal a propósito de la libertad provisional; subsiste la prohibición, *ope legis*, en el supuesto de los delitos graves: desafortunada expresión constitucional, seguida de una todavía menos afortunada recepción en los códigos procesales.

El código de Morelos (artículo 145), seguido por el de Tabasco (*idem*), abandonó la errónea formulación de prolijas listas de delitos graves; con mejor conocimiento de las características de la legislación penal —que traduce la gravedad del delito en severidad de la pena— invoca tanto la entidad y cuantía de la sanción aplicable como el dato de la reincidencia.

La mínima afectación trae consigo un sostenido esfuerzo por excluir o moderar otras medidas cautelares. Está excluida la incomunicación. Hay que observar cuidadosamente los movimientos legislativos en este ámbito: pudiera suceder que bajo la capa de una medida tradicional se incorpore otra novedosa. Esto parece ocurrir en el régimen del arraigo estatuido por la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que corre las fronteras del confinamiento: de una circunscripción territorial a una vivienda (arraigo domiciliario); al suceder esto, el arraigo deviene detención o arresto, sin las formalidades que la Constitución exige para aplicar esta limitación a la libertad de movimiento.

XII. VERDAD HISTÓRICA

Los juristas suelen profesar dogmas incompatibles con la realidad, aunque eficaces para mantener el orden y la paz, como la famosa presunción

absoluta de que todos conocen la ley, e incluso la interpretan rigurosamente, a sabiendas de que es insignificante el número de quienes verdaderamente la conocen, por un lado, y de que la interpretación vinculante sólo proviene de un tribunal de última instancia, por el otro.

A su vez, los procesalistas han incrementado el número de los dogmas mediante el curioso deslinde entre una verdad material o histórica y otra formal, que no coinciden necesariamente, y en ocasiones difieren a fondo. Ese deslinde resulta verdaderamente incomprensible para quienes miran la vida desde otra perspectiva, con absoluta objetividad. Pero además contribuye a que el juzgador quede mediatizado y la sentencia —que a su turno establece la verdad legal, receptora de la verdad formal— sea el conducto para afirmar inobjetablemente una falacia y extraer de ella ciertas consecuencias jurídicas.

El imperio de la verdad formal, que llega a ser consensual, no se halla en el proceso que ahora nos ocupa. Éste procura la verdad histórica, es decir, el conocimiento del tema justiciable en sus términos auténticos y no como versión más o menos fabulosa de la realidad. La corriente procesal que más influyó en los estudios del proceso penal en México, sostuvo que la obtención de la verdad histórica constituía uno de los fines específicos del proceso penal. Así se instituye el principio de verdad histórica —que es, por cierto, la única verdad que existe—, ampliamente acogido por otras vertientes del proceso, sobre todo las de orientación social.

A mi modo de ver, sería deseable que esta solución se extendiera a todas las ramas del enjuiciamiento. No objeto que las partes dispongan a su arbitrio, según las facultades que les reconozca la ley, sobre bienes disponibles; lo que me parece pernicioso es que esa dispositividad privada sobre la materia del proceso se traduzca en desacierto público a través de un procedimiento y una sentencia en los que se compromete el Estado y que se sustentan en una versión inexacta —a veces deliberadamente inexacta— de la realidad.

Ahora bien, la admisión del principio de verdad histórica supone el reconocimiento de potestades indagatorias del juzgador, esto es, entraña una actividad inquisitiva. De ahí que nuestras leyes —no todas, sin embargo— se pronuncien generalmente en favor de las diligencias para mejor proveer, que implican ir más allá de las probanzas solicitadas por las partes.

Para que esta actividad no implique la asunción jurisdiccional de potestades persecutorias —lo cual nos llevaría de retorno al sistema inquisitivo— conviene acotar el alcance de la iniciativa probatoria judicial: debiera ser tal que no sustituya al Ministerio Público en su carga de acreditar las pretensiones que hace valer. La antigua regla de “favor al reo” tiene aquí una de sus expresiones. También se podría adecuar a esta hipótesis el propósito de *ne reformatio in pejus* que hoy limita las resoluciones del tribunal de alzada, cuando sólo el inculpaado impugna la sentencia.

Considero que el principio de verdad histórica implica otro más: la pertinencia de la prueba, a la que son tan desafectos ciertos asesores jurídicos, pero que es tan necesaria para la buena marcha de la administración de justicia. En este punto ha habido deplorables zigzagueos: algunas normas exigen que las pruebas conduzcan al conocimiento de los hechos cuestionados, y permiten al juzgador rechazar, *in limine*, las notoriamente frívolas o improcedentes; otras, suprimen esa exigencia y consienten la recepción de pruebas impertinentes.

Si se tratase de un ejercicio académico o especulativo, sería irrelevante la admisión de pruebas impertinentes, que engañan sobre el objeto del proceso, demoran la justicia y provocan gastos innecesarios —a cambio de que produzcan jugosas ganancias para sus promotores—. Pero ya no resulta irrelevante la incorporación de semejantes probanzas en el proceso cuando se trata de resolver una controversia en el menor tiempo y con la mayor objetividad posible. En los hechos, la admisión de pruebas impertinentes prolonga el proceso, distrae al juzgador y confunde a la opinión pública, que observa el juicio.

Los artículos número 4 de los códigos de procedimientos penales de Morelos y Tabasco incorporan específicamente el principio al que ahora me refiero:

El procedimiento penal se sujetará al principio de verdad histórica. El Ministerio Público en la averiguación previa y el juzgador en el proceso, llevarán a cabo todas las actuaciones conducentes a este objetivo y apoyarán con los medios a su alcance el desahogo de las diligencias pertinentes que propongan el inculpado y el ofendido con el mismo fin;

y el artículo 6o. resuelve que en la averiguación previa, donde no es el juez quien preside y ordena el proceso, el Ministerio Público “procurará el conocimiento de la verdad sobre los hechos y la responsabilidad de sus autores o partícipes. En tal virtud, estará obligado a recabar con igual diligencia las pruebas de cargo y descargo...”.

XIII. PRUEBA LIBRE

Instituciones tales como la defensa material y la verdad histórica se hallan estrechamente vinculadas a la libertad de prueba. Esta es tanto más necesaria cuanto que los progresos de la ciencia y la técnica aportan cada vez más elementos útiles para la función probatoria que caracteriza al enjuiciamiento, y que el código no podría prever específicamente. De ahí la conveniencia de admitir todos los elementos probatorios que puedan hacer luz en el conocimiento judicial, con los límites de la pertinencia y la legitimidad de la prueba.

Ahora bien, la libertad de prueba se asemeja al acceso a la justicia. De nada vale que se consagre el derecho a la tutela jurídica del Estado, a través de la jurisdicción, si no existen los medios para obtener esa tutela en la práctica. Cuando no hay un verdadero acceso a la justicia, tampoco existe verdadera justicia, sino apenas discurso legal. Así ocurre con la libertad de prueba: ésta resulta inoperante, y por lo mismo inexistente, si el facultado para probar no consigue hacerlo por causas ajenas a su voluntad, que pueden deberse a la carencia de información o de recursos para allegarse elementos probatorios útiles. Esto mismo obstruiría la operación del principio de defensa adecuada.

En la realidad, el Ministerio Público dispone de amplísimas facultades para allegarse pruebas, por sí mismo, directamente, o por medio de otros, indirectamente. En efecto, el propio Ministerio Público constituye una magistratura investigadora, aunque en la realidad no haga pleno uso de las atribuciones indagatorias que incumben a sus agentes. Asimismo, le auxilian oficialmente dos brazos indispensables para la investigación: la policía judicial —a la que retiró esta calificación una reforma banal, de 1996, el artículo 21 de la ley suprema— y los servicios periciales. Además, está facultado para requerir el auxilio de cualesquiera particulares y autoridades. Finalmente, dispone del tiempo que necesite para esclarecer los hechos antes de acordar el ejercicio de la acción penal, salvo en los casos —todavía muy escasos— en que existe un plazo perentorio para el desarrollo de la averiguación previa, como ya ordenan los códigos de Morelos y Tabasco.

La situación del inculpado es muy diferente. Desde luego, no tiene el carácter de autoridad que corresponde al Ministerio Público, y por lo tanto carece de las facultades de éste. A menudo tiene conocimiento tardío de la averiguación, y por lo tanto se halla en desventaja frente a quien luego será su acusador y es, por lo pronto, su juez más o menos informal. No cuenta, ni siquiera en el mejor de los casos, con el aparato que auxilia al Ministerio Público. En tal virtud, debe allegarse a su costa pruebas en la averiguación previa y en el proceso. Difícilmente podría asegurarse que este desequilibrio se corrige mediante la condición del Ministerio Público como autoridad investigadora imparcial —expresión de su carácter de autoridad de “buena fe”, o mejor dicho, sujeta a la ley— y a través de la facultad judicial de requerir elementos de convicción solicitados por el inculpado, e incluso autorizar que el erario soporte el costo de las pruebas ofrecidas por éste, cuando el interesado no pueda obtenerlas por sí mismo.

Obviamente no es sencilla la solución a este escollo práctico opuesto al principio de libertad probatoria, que lo vacía de contenido en el caso de inculpados verdaderamente desvalidos. Ni siquiera la reciente institución de la asesoría jurídica gratuita y oficial resuelve el problema, porque se halla muy lejos de contar con los medios de que disponen el investigador y el acusador, que son un solo órgano, contemplado desde dos perspectivas y en

dos etapas diversas. Sería necesario, pues, revisar a fondo el sistema de apoyos a las partes, desde el momento mismo de la averiguación previa, tanto en lo que respecta a la obtención de datos que sólo implican labor administrativa, como en la recaudación de elementos que aparejan conocimiento pericial.

XIV. PRUEBA LEGÍTIMA

Parece imposible —no en los hechos, por supuesto, sino en el derecho que gobierna al proceso— que la búsqueda de la verdad se practique por cualquier medio; el orden jurídico, cercado por consideraciones morales, no podría mirar con indiferencia los métodos adoptados para llegar al conocimiento de los hechos. Esto trae consigo una suerte de inversión del antiguo y peligroso apotegma de que “el fin justifica los medios”. Hoy se podría decir, más bien, que “los medios justifican el fin”, en el sentido de que la legitimidad del método utilizado legitima el resultado obtenido, en tanto que la ilegitimidad de aquél cancela de plano ese resultado, aunque el hallazgo pudiera ser plausible por sí mismo.

En el derecho tradicional se solía decir —y aún se dice— que son admisibles todos los medios de prueba que no contravengan la moral o el derecho; esto mismo expresa el artículo 75 de los ordenamientos de Morelos y Tabasco. Ahora bien, existe una fuerte tendencia, que ha tocado a los códigos nacionales, en el sentido de suprimir la referencia a la moral. Acaso se teme que ésta, siempre sujeta a apreciaciones particulares, pudiera traer consigo el cuestionamiento y el rechazo —bien o mal fundado— de pruebas útiles y consecuentes con las disposiciones jurídicas, que obviamente tienen un ámbito de reproche más reducido que el espacio proscrito por las normas morales. Quedará al juzgador la tarea de valorar esas pruebas en sus términos; la conducta misma de las partes no escapará a esa valoración.

A esto se ha agregado, sobre todo a partir de ciertos desarrollos jurisprudenciales anglosajones, una *exclusionary rule* (regla de exclusión), que rechaza las pruebas obtenidas en forma contraria a la autorizada por la ley. Desde luego, el rechazo no sólo abarca la eficacia de la prueba, sino su misma admisibilidad.

En rigor, la regla de exclusión, elaborada a partir de experiencias observadas precisamente en el procedimiento penal, se hallaba implícita en aquella otra regla clásica, en la que ya residía una amplísima reprobación de pruebas contrarias al derecho; este repudio, leído razonablemente, incluye a las pruebas obtenidas en forma contraria a las disposiciones jurídicas. Por otra parte, la inadmisibilidad —o en todo caso la ineficacia— de semejantes pruebas se deduce del régimen sobre forma de los actos procesales y nulidad de los que no satisfagan las formas aplicables.

En nuestro derecho reciente se han multiplicado los rechazos a la prueba obtenida ilegítimamente. Esta multiplicación, que técnicamente es errónea, ha obedecido al saludable propósito de proteger los derechos humanos del inculpado. Así, la Constitución priva de efectos probatorios a las intervenciones indebidas en la comunicación personal, a la confesión rendida ante una autoridad diferente del Ministerio Público o el juzgador, etcétera.

Es comprensible, por motivos políticos, que estas exclusiones específicas se hayan llevado al texto constitucional, pero hubiera sido preferible establecer en ese mismo texto o en la legislación procesal secundaria que son inadmisibles cualesquiera pruebas practicadas en contravención de la ley. En realidad, una jurisprudencia perspicaz y rotunda hubiera podido ahorrar las reformas constitucionales —y más todavía: numerosos hechos deplorables— si hubiese dado pleno alcance a la regla tradicional que rechaza las pruebas contrarias al derecho.

XV. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA PRUEBA

Se ha dicho, con una expresión incisiva que pudiera ser amarga para muchos justiciables, que en el proceso es tan importante tener la razón como probar la razón que se tiene. Para esto se necesita contar con un sistema probatorio idóneo, plegado a sendos principios; ya hablé de la prueba libre y legítima, a esto es menester agregar el régimen de valoración de la prueba.

Es innegable que el sistema de valoración tasada, que implica un prejuicio legal con respecto al juicio judicial, respondió en su hora a consideraciones estimables: se trataba de acotar el autoritarismo judicial, y en consecuencia confinar al juzgador como “boca que pronuncia las palabras de la ley”. Entre esas palabras figuraba la oración sobre el valor de las pruebas.

Sin embargo, la apreciación libre no estaba completamente derrotada. Sus supuestas virtudes se trasladaron al jurado, una institución de raíz liberal —entroncada con los movimientos insurgentes y revolucionarios, por supuesto adversos a la justicia del poder absoluto—, y quedaron traducidos en la solemne fórmula con que el juez advierte a los miembros del jurado sobre la formación del veredicto: para llegar a éste sólo hay que interrogar a la conciencia. Pero indagar en la conciencia no siempre es inquirir a la razón. La absoluta libertad del jurado —es decir, el sistema valoratorio de libre convicción— es a la postre una manifestación de tiranía judicial, que obstruye la revisión de la sentencia.

Por ello va prevaleciendo el régimen de apreciación crítica, que obliga al juez a expresar las razones que lo persuadieron para dictar la sentencia que expidió. En un proceso gobernado por el más intenso realismo, como es el enjuiciamiento penal, difícilmente se justificaría otro criterio de valora-

ción: el tasado es insuficiente y el libre es irracional. Tómese en cuenta, además, que el juzgador debe considerar puntualmente diversos temas: la existencia del hecho delictuoso, la relación que el inculpado guarda con éste y los datos —diversos y específicos— para individualizar la condena. Todo ello requiere prueba y es materia de impugnación.

En suma, lo que procede es que el Ministerio Público al ejercitar la acción y formular conclusiones, y el tribunal al dictar sentencia definitiva —pero también cualquier resolución que se sustente en hechos acreditables— aprecie “las pruebas conforme a la sana crítica, tomando en cuenta para ello las reglas que fije la ley, los principios de la lógica y las máximas de la experiencia. En tal virtud, determinará la eficacia de las pruebas desahogadas, exponiendo en las resoluciones que dicte, los elementos en que se funde para asignarles o negarles valor y cuál es el que les otorga con respecto a los hechos sujetos a prueba” (artículo 108 del Código de Procedimientos Penales de Morelos, y su correspondiente de Tabasco).

En nuestro sistema, dividido el procedimiento en averiguación previa a cargo del Ministerio Público y proceso de conocimiento en manos de un solo juzgador, es necesario examinar el valor que las pruebas practicadas por el Ministerio Público en la averiguación previa tienen en el proceso y para la resolución jurisdiccional.

El tema ha suscitado constantes debates: se dice que no es posible negar valor concluyente a las pruebas desahogadas ante una autoridad que actúa en cumplimiento de su encargo constitucional. Por otra parte, se responde que la sentencia debe ser el producto de un juicio autónomo del juzgador: se trata de formar su convicción, que no podría quedar mediatizada por la convicción del Ministerio Público. Si así fuese, el órgano investigador daría un nuevo paso adelante en el ámbito del tribunal.

La solución se halla a media vía entre la admisión y la negativa tajantes, tomando en cuenta el régimen de valoración crítica de las pruebas, como referencia fundamental, las características de cada prueba y las condiciones en que fue recibida originalmente, sin llegar al extremo —que durante mucho tiempo campeó en la jurisprudencia a propósito de la confesión— de que la primera prueba necesariamente prevalece sobre la segunda del mismo género.

Un criterio interesante aparece en el citado artículo 108 de los códigos procesales de Morelos y Tabasco:

El juez reconocerá el valor de las pruebas aportadas en la averiguación previa, si se practicaron con apego a este Código y no quedaron desvirtuadas por las pruebas desahogadas en el proceso. En este último caso, manifestará las razones que le asisten para negar valor a una prueba admitida en la averiguación previa y considerada por el Ministerio Público para el ejercicio de la acción.

XVI. DEFENSA ADECUADA

El acceso a la justicia, más allá de las expresiones declamatorias, se garantiza o aproxima a través de medidas concretas que permitan a los justiciables actuar con la asistencia adecuada ante los órganos administradores de justicia. Esta necesidad, que existe en todo tiempo y en todas partes, se actualiza más todavía en un régimen de derecho escrito y dentro de una sociedad moderna, cuyas complejas relaciones se hallan reguladas por un conjunto de disposiciones jurídicas cada vez más amplio y especializado.

El propósito liberal de “desregular” las relaciones humanas no siempre halla correspondencia en la realidad. La práctica se contrapone al discurso. En aquélla, la regulación menudea; su abundancia trae consigo las ventajas y desventajas —éstas no son pocas— de una sobrerregulación de la vida. Añádase la excesiva movilidad del derecho penal y procesal penal, asediado por reformas, a veces necesarias y en ocasiones perturbadoras, que en todo caso han impedido el buen conocimiento de las leyes, la formación de una jurisprudencia trascendente y el arraigo de la doctrina.

El derecho mexicano ha extendido a los inculpados el derecho a la defensa; éste implica la facultad que aquéllos tienen de defenderse por sí mismos o por medio de un defensor de su confianza, y en ausencia de éste, a través de un defensor de oficio provisto por el Estado. En los años recientes también hubo variaciones en este régimen, entre cuyas piezas fundamentales figura la defensoría de oficio. La ausencia de colegiación obligatoria, muy debatida, impide llevar a la defensa gratuita el esfuerzo y la experiencia de millares de abogados.

En 1993 se modificó el sistema de defensa previsto por la fracción IX del artículo 20 de la Constitución General de la República. En el proceso de reformas zozobró la propuesta de que el defensor del inculpadado fuese siempre un licenciado en derecho; se opuso el vano y desconcertante argumento de que esto implicaría la adopción de un criterio “elitista” en materia de defensa, cuando en realidad se trataba de poner al alcance del inculpadado una defensa experta y calificada.

Otro error se filtró en esa misma fracción cuando se dijo que el inculpadado tiene derecho a que su defensor “comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se requiera”. Es equivocado este texto, porque hay actos en los que resulta prácticamente imposible la comparecencia del defensor, como el libramiento y la ejecución de una orden de captura, que ciertamente son actos del proceso, y porque lo que debiera estatuirse es la obligación de la autoridad de notificar al defensor acerca de las diligencias que se practicarán en el proceso, y no la del propio inculpadado —que puede estar sujeto a detención o a prisión preventiva— de hacerlo comparecer cuando se requiera.

Al lado de estos desaciertos, la reforma recogió un progreso muy estimable. En efecto, ya no aludió solamente a la defensa del inculpado, sino calificó a ésta como “defensa adecuada”, que es el concepto de la garantía constitucional prevista actualmente en aquella fracción del artículo 20. Esto implica un paso adelante en la asistencia jurídica. No es razonable suponer qué defensa adecuada es la que obtiene la absolución del inculpado, sino sólo aquella que se desarrolla conforme a las reglas de la profesión respectiva y según las necesidades del proceso en el caso concreto, para que se respeten los derechos sustantivos y adjetivos que tutelan al inculpado.

En consecuencia, actúa adecuadamente el defensor particular o de oficio que despliega con diligencia razonable una capacidad suficiente en el sentido adecuado a los intereses del procesado. Obviamente, esta actividad debe sostenerse desde el primer momento en que aparecen los actos de defensa —que puede ser en el principio de la averiguación previa— hasta el final del proceso. No podría exigirse más ni admitirse menos bajo el rótulo de la defensa adecuada, que utiliza el artículo 3o. de los códigos de procedimientos penales de Morelos y Tabasco al ordenar al Ministerio Público y al juzgador, “como autoridades que conducen el procedimiento en sus respectivas etapas”, cuidar “de que el inculpado esté al tanto de los cargos que se le hacen, cuente con defensa adecuada y ejerza de la manera más amplia los derechos que la ley le otorga”.

Evidentemente, la existencia de una defensa adecuada no exime al Ministerio Público ni al juzgador, en sus casos respectivos, de actuar conforme a sus obligaciones funcionales. Esto implica que el investigador sigue sujeto al deber de indagar con estricta objetividad los hechos aparentemente delictuosos y la probable responsabilidad del indiciado, y que el juzgador no queda a salvo de los deberes impuestos por los principios de verdad histórica y defensa material. En cuanto al Ministerio Público, persiste, pues, la necesidad de que reúna con la misma acuciosidad los elementos destinados a sostener los cargos y los conducentes a desvirtuarlos, para que el acto de ejercicio de la acción penal y las conclusiones que elabore se hallen siempre debidamente sustentados.

Un tema a considerar en este punto, apenas mencionado líneas arriba, es la competencia profesional del defensor. Pese al buen impulso que inicialmente tuvo —en lo que respecta a esta cuestión— la reforma constitucional de 1993, persistió la regla de libre defensa, cuyos efectos son perniciosos, no obstante la bondad de las intenciones que la inspiran. Para sortear el escollo que la libre defensa opone a la defensa debida, se ha establecido —y debiera extenderse— la posibilidad de que el Estado designe a un defensor de oficio, a título de asesor, nunca de sustituto, cuando el inculpado imperito ejerza su defensa o la encomiende a un lego. Esta medida fue introducida primero en la legislación procesal penal federal. Hoy existe en otras, como la de Morelos (artículos 163, penúltimo párrafo, y 180), que ordena

al defensor de oficio coadyuvar en la formulación de conclusiones cuando el defensor no sea perito en derecho.

Por supuesto, la defensa adecuada, cuando se encomienda a un profesional del derecho, implica que el acto de conclusiones se ajuste también a los intereses del imputado. Debe suprimirse, como comienza a ocurrir en algunos ordenamientos, la norma que permite al defensor abstenerse de formular conclusiones o presentarlas sin sujeción a regla alguna; el profesional del derecho debiera sujetarse a las reglas que en este caso vinculan al Ministerio Público (como disponen el artículo 180 del Código Procesal de Morelos, y el del mismo número en Tabasco); no es menor la responsabilidad de aquél que la de éste.

La proclamación de la defensa adecuada no tendría mayor trascendencia práctica si no se garantizara por medio de sanciones que neutralicen las consecuencias de una asistencia negligente. Estas sanciones pueden ser de dos clases. Por una parte, es frecuente fijar en tipos penales diversos supuestos de conducta ilícita de abogados, defensores y litigantes. Por la otra, caben también —y se requieren— las sanciones procesales, cuya expresión más eficaz es la nulidad del procedimiento seguido sin defensa adecuada.

En la legislación procesal federal, esta última idea se concreta en la reposición del procedimiento “por existir omisiones graves de la defensa en perjuicio del sentenciado”, declaración seguida de una lista limitativa de omisiones graves (artículo 388, fracción VII, bis). Los códigos procesales de Morelos y Tabasco regulan la reposición “por no haber sido adecuada la defensa del inculpado”, y mencionan las hipótesis en que esto sucede; asimismo, contienen una limitación pertinente, que evita la reposición innecesaria: “cuando baste con la suplencia de las deficiencias” en la expresión de agravios (artículo 208, fracción V, de Morelos; *idem*, de Tabasco).

Si recordamos lo que se ha dicho a propósito del acceso a la justicia y tomamos en cuenta que en el proceso penal se agitan los intereses contrapuestos del inculpado y del ofendido, concluiremos naturalmente que también éste requiere una defensa adecuada, o bien, si se prefiere otra expresión, una asesoría jurídica que por lo menos iguale los apoyos brindados al inculpado y al ofendido. En este sentido se pronuncia el último párrafo del artículo 20 constitucional, que elevó a la ley suprema algunos derechos consagrados por el derecho secundario, creó otros y redefinió alguno más, como ha sucedido con el derecho a recibir atención médica de urgencia, que es una faceta en el poliedro del derecho a la protección de la salud, recogido en el párrafo cuarto del artículo 4o.

Esa parte final del artículo 20 reúne derechos que tienen diversas correspondencias. Difícilmente se podría decir que el derecho a la reparación del daño —expresión insuficiente, porque no abarca el perjuicio— tiene su contrapartida en un deber patrimonial del Estado; más bien lo tiene en la creación de condiciones —legales, al menos— para que sea reparado ese

daño. Pero no parece dudosa la contrapartida del derecho a recibir asesoría jurídica; al igual que la defensa, esa asesoría podría ser particular, y así se habría respetado el mandamiento, pero en defecto de aquélla debería ser oficial. Esto implica un servicio a cargo del Estado, sin anticipar decisión alguna acerca del conducto para brindarlo.

Considero que dicha asesoría no se concreta en el apoyo que el Ministerio Público brinda al ofendido. De ser así, hubiera sobrado la mención constitucional. Por otra parte, el órgano acusador no asesora al ofendido, sino promueve la reparación de daños y perjuicios a través de la acción persecutoria. Lo que se ha querido es dar al ofendido un apoyo profesional específico, que lo oriente —aunque no lo represente— en sus actividades dentro del procedimiento penal. En mi concepto, la asistencia al ofendido debe atenerse a varias reglas: oportunidad, competencia profesional, suficiencia y gratuidad.

Los códigos penal y de procedimientos penales de Morelos y Tabasco avanzan largamente en la tutela al ofendido. Para ello, suprimen la objetable e inoperante concepción de éste como simple coadyuvante, que ha constituido su confinamiento procesal en el curso de sesenta y cinco años, y restituyen a la reparación de daños y perjuicios su naturaleza de consecuencia civil de un hecho ilícito; por ende, el ofendido pasa a ser actor principal en este campo, y el Ministerio Público queda como actor subsidiario. Así se conjugan las posibles ventajas de ambos sistemas.

La ley procesal penal morelense obliga al Estado a suministrar al ofendido asistencia jurídica profesional; reconoce que ésta debe ser “oportuna, competente y gratuita a partir del inicio de la averiguación y hasta que cause ejecutoria la sentencia que afecte sus intereses”; y dispone que “el asesor jurídico del ofendido tendrá, en lo conducente, los mismos derechos y obligaciones que un defensor de oficio” (artículo 17; *idem*, Tabasco).

Aún queda pendiente la cuestión de la asistencia jurídica universal, como garantía de acceso a la justicia, asimismo en favor de todos los individuos. Es deseable que los numerosos y dispersos sistemas de gestión, asistencia, orientación o representación, depositados en numerosas procuradurías que no guardan conexión alguna entre sí, ni obedecen a criterios unificados en la prestación de sus servicios, sean reunidos en un amplio sistema de asistencia jurídica, semejante al régimen de asistencia médica que se desea fincar por medio de la seguridad social. Si esta idea tropezara con el mito del Estado mínimo y la privatización a ultranza, subsistiría la necesidad de llegar al mismo destino por otra vía.

XVII. DEFENSA MATERIAL

En esencia, la defensa material es una manifestación de la defensa adecuada. Sin embargo, es posible y conveniente distinguir entre ambas. Aqué-

lla tiene que ver sobre todo con el régimen tutelar del inculpado —pero también del ofendido, en su caso— que la ley adopta y con la actividad que el Ministerio Público desempeña en la averiguación y el juzgador en el proceso. En otras palabras, la defensa queda también a cargo de la ley misma, que introduce medidas tutelares, y de la autoridad que conduce el procedimiento, sin que por ello resulten relevados, en lo más mínimo, el defensor del imputado y eventualmente el del ofendido. Esta defensa material, que no llega a reunir dos funciones procesales en un solo órgano —lo cual tendría cierto sello inquisitivo—, enlaza claramente con los principios de equilibrio y verdad histórica.

La defensa material retira las vendas de los ojos del juzgador, y de esta suerte acentúa la equidad en el proceso. Es así que llegan hasta el enjuiciamiento penal los vientos favorables de la corriente social del derecho, y en consecuencia decae el principio llamado de “estricto derecho”, cuya versión más rotunda se hallaría en el apotegma *summum jus, summa injuria*. Esto ha sucedido en todos los órdenes en que se quiere establecer la igualdad material —procesal— en lugar de la igualdad formal, cuyas consecuencias son bien conocidas y suficientemente deploradas cuando existe desigualdad real entre los contendientes. Ni siquiera el individualismo más exigente podría negar las ventajas de la restauración del equilibrio por medio de una razonable defensa material.

La defensa material más intensa se muestra en la disposición que ordena al Ministerio Público y al juzgador hacer valer de oficio las causas que excluyen la incriminación y las que extinguen la pretensión punitiva (artículos 24 y 82 del Código de Procedimientos Penales de Morelos; *idem*, Tabasco).

La suplencia de los agravios es una vena importante para que corra la defensa material. Existe en el juicio penal, cuando se trata del inculpado, y en el amparo penal. Ha permeado otros campos, cada vez más. Ojalá llegue a todos, como debiera alcanzarlos el principio de verdad histórica. La positividad de los intereses en juego no autoriza moralmente al tribunal —y no debiera autorizarlo jurídicamente— para desatender derechos o ignorar obligaciones, al ver con indiferencia o impotencia los errores de las partes, que suelen serlo de sus asesores. La sociedad no entiende muchas cosas de la justicia, que no pocos juristas tampoco aprueban; entre ellas se hallan los casos en que la “técnica” milita contra la justicia.

Tal vez la regla *jura novit curia* sea otra manifestación de la defensa material; de no ser así, lo cierto es que marcha en esa dirección, en cuanto la invocación del derecho aplicable no descansa sobre la ciencia y la diligencia del asesor. Todavía está pendiente la decisión unánime acerca del alcance de la máxima: ¿queda abarcada en ella la costumbre normativa?

No tengo dudas sobre el deber judicial de saber el derecho y atenerse a su propio conocimiento, por encima del dicho de las partes. En cambio, puede haber dudas sobre la veracidad de una presunción que atribuye al

juez el más completo conocimiento de la ley federal y la local, los tratados internacionales y la jurisprudencia, más los reglamentos y otras normas de alcance general. Un asistente jurídico acucioso no confiaría a ciegas en la ciencia judicial, no obstante el progreso —todavía insuficiente— de los sistemas informáticos que ponen al alcance del juzgador las normas que debe tener a la vista para el buen despacho de sus atribuciones.

XVIII. INMEDIACIÓN

Uno de los principios más importantes en el proceso penal —y también, probablemente, en otras vertientes del enjuiciamiento, o acaso en todas— es el relativo a la inmediación judicial, entendida como relación inmediata y directa, estrecha cercanía, acceso sin intermediario, entre el funcionario que conoce y resuelve, por una parte, y las pruebas y los participantes en el proceso, por la otra. Cuando hablo de participantes en el proceso me refiero, ciertamente, a todos ellos —muchos de los cuales intervienen para fines probatorios—, pero principalmente al inculcado y al ofendido, y sobre todo aquél. No sobra recordar que la corriente procesal que más influyó en los estudios de los procesalistas mexicanos sostiene que la individualización del justiciable es uno de los fines específicos del proceso penal.

La idea misma de la justicia en el caso concreto, contenido de la sentencia, se halla en la norma del código procesal penal de Morelos, que establece el principio de inmediación:

El juez procurará obtener el mejor conocimiento posible de todos los elementos que deba considerar legalmente para la emisión de una sentencia justa, conforme a las disposiciones aplicables. En consecuencia, recabará y analizará los elementos conducentes a la adecuada individualización penal. Para ello se atenderá, con la mayor amplitud posible, a las reglas de la inmediación judicial en lo que respecta a la recepción de las pruebas y en lo que corresponde al conocimiento del inculcado y del ofendido (artículo 7 de este ordenamiento; asimismo, del Código de Procedimientos Penales de Tabasco).

Esta norma de principio, programática, está servida y reforzada por las disposiciones que en el mismo ordenamiento crean condiciones concretas de individualización, a las que adelante me referiré.

Este asunto, que muestra una de las zonas en crisis de nuestra administración de justicia, se halla en el centro mismo del sistema penal moderno, del que forma parte el proceso. Algunos juristas han considerado, con absoluta certeza, que la individualización es el dato característico del derecho penal en el siglo XX. Por supuesto, me refiero al régimen de individualización en sus más diversas expresiones y peldaños: abarca la legislativa, la ju-

dicial y la ejecutiva, e igualmente comprende la aplicación de la ley en función del dolo y la culpa, por un lado, y de las características del delito y del inculcado y el ofendido, por el otro.

Cuando se examina el Código Penal federal, que en este punto ha informado y sigue informando, en amplia medida, a los demás ordenamientos del país, el acento se carga inmediatamente sobre los artículos 51 y 52, que son la sede de la individualización y el eje para el ejercicio del arbitrio judicial, una de las piezas clave de nuestro sistema. Y estos preceptos, reformados algunas veces —con fortuna o sin ella—, han contenido reglas procesales al lado de las estrictamente sustantivas.

Entre aquéllas —removidas por una innecesaria reforma de 1993— figuraron las disposiciones de los párrafos penúltimo y último del artículo 52: una ordenaba al juez tomar conocimiento directo del inculcado, de la víctima y de las circunstancias del hecho, y otra le obligaba a requerir estudios de personalidad y otros elementos necesarios para la aplicación de las penas en cada caso. Esta norma, mejorada, figura en el párrafo inicial del artículo 58 del Código Penal de Morelos y 56 del Código Penal de Tabasco.

La misma preocupación rige en el caso del Ministerio Público, que también se halla obligado a hacer su parte en el trabajo de individualización, habida cuenta de que no es un querellante particular, en pos de castigo y resarcimiento, sino un órgano del Estado —es decir, un órgano de la ley— que también se interesa, funcionalmente, en la más razonable individualización posible.

Acaso se podría decir, aunque no se acostumbre hacerlo, que la fracción VI del artículo 20 constitucional involucra este régimen de intermediación, cuando dice que el inculcado “será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos”. Es obvio que si se trata de juzgar en audiencia a la que tienen acceso los ciudadanos, el Constituyente ha querido que en ella se hallen presentes tanto el juzgador como el jurado, en su caso, para que ante ellos —y no lejos de ellos— se desenvuelva el juicio. Sin embargo, la audiencia de juicio prácticamente ha desaparecido —quizás por el hecho de que aquí se cuenta con juez bifuncional, es decir, quien instruye también resuelve— y la intermediación se ha enrarecido.

La intermediación destaca en prevenciones que de plano exigen la presencia del funcionario investigador del Ministerio Público y del titular del órgano jurisdiccional para la eficacia de actos procesales. Éste ocurre en lo que se refiere a la confesión, por partida doble. Así, se requiere que la confesión determinante de la apertura del proceso sumario sea “rendida precisamente ante la autoridad judicial”, o exista “ratificación ante ésta de la rendida ante el Ministerio Público”, norma del artículo 152, inciso b), fracción II, del Código Federal de Procedimientos Penales, que se ha recogido en la legislación de entidades de la República.

Además, para que la confesión misma sea admisible, es preciso que se formule ante el Ministerio Público o el juzgador. La propia Constitución dispone, enfáticamente, que la rendida por el inculpado ante cualquier otra autoridad, o bien, ante el Ministerio Público o el juez sin la asistencia del defensor, “carecerá de todo valor probatorio” (artículo 20, fracción II). Esta regla es otra expresión de un constante esfuerzo normativo: acotar la actividad de la policía judicial, que la Constitución siempre ha considerado auxiliar del Ministerio Público, lo que implica que carece de autonomía en la persecución de los delitos.

Por otra parte, si se piensa en otros principios indiscutidos —aunque no siempre celosamente observados— del proceso penal, se cae en la cuenta de que son en cierto modo dependientes de la intermediación. Tal es el caso de la oralidad. ¿Qué sentido tendría ésta si las diligencias principales del juicio no se desarrollan íntegramente ante el juzgador? Y algo semejante se podría decir de la publicidad. Sería extravagante asegurar la presencia del público, sin exigir la del juzgador. La concentración también tiene ligas importantes con la intermediación.

No obstante esta suma de razones técnicas y jurídicas que militan en favor de la intermediación, a tal punto que la falta de ésta altera sustancialmente la administración de justicia penal, lo cierto es que muchas diligencias se desarrollan en ausencia del juez. No sólo sucede, es verdad, en el enjuiciamiento penal, sino en muchos otros campos del proceso.

El titular de la potestad jurisdiccional, que debe valorar las pruebas y resolver previo conocimiento del inculpado, el ofendido y las circunstancias del hecho, recibe su información de una doble fuente, que no es su propia experiencia: los comentarios del secretario judicial, por una parte, y los datos —escritos, por supuesto— que figuran en el expediente. Si se ha dicho, a propósito del valor de la prueba practicada ante el Ministerio Público, que éste no es “ojos y oídos del juzgador”, exactamente eso mismo se podría decir de los auxiliares de la función jurisdiccional: tampoco ellos son ojos y oídos del tribunal.

Para eludir la intermediación, se aduce la excesiva carga de trabajo en los tribunales, observación que desde luego corresponde a la realidad. La carga suele ser excesiva, en virtud de una serie de factores que no corresponde examinar ahora. Sin embargo, lo que resultaría necesario en tal caso es revisar y corregir dichos factores —entre ellos la estructura misma del proceso penal—, pero no prescindir de la intermediación, que es tanto como abdicar de la responsabilidad del tribunal y constituir las secretarías judiciales en otros tantos juzgados. En todo caso, lo debido es dividir el trabajo probatorio entre el titular del tribunal y el secretario judicial que lo asiste; éste sólo podría preparar, diligentemente, el desahogo de las pruebas, pero no recibir, por delegación del juez, la indelegable potestad de presidir la audiencia en la que aquéllas se presenten.

La puntual observancia del principio de inmediación, como de otros que rigen en el proceso —o que debieran regir en él— implica el reconocimiento de que se traduce en actos procesales concretos, cuya perfección se mide a la luz de su integridad formal. En ausencia del juez, no hay verdadera audiencia y no puede reconocerse eficacia a las diligencias aparentemente judiciales que la conforman. Por ello, en los Códigos de Procedimientos Penales para Morelos y para Tabasco es causa de reposición del procedimiento, esto es, existe un motivo de nulidad del proceso, “haberse celebrado el juicio sin asistencia del juzgador que debe sentenciar, de su secretario o testigos de asistencia y del Ministerio Público” (artículo 208, fracción IV).

Me parece útil transcribir aquí el texto íntegro del artículo 79 del Código del ordenamiento morelense, con su correspondiente en el de Tabasco, que ilustra sobre las consideraciones que hago en esta parte de mi exposición y que se halla relacionado, obviamente, con el artículo 108 que arriba mencioné. Dice aquel artículo:

En el procedimiento judicial se observará estrictamente el principio de inmediación. En consecuencia, todas las pruebas que se aporten al proceso serán desahogadas ante el juzgador o el secretario que en caso de falta o ausencia del titular se encuentre por ministerio de ley a cargo del tribunal. El juez podrá disponer que el secretario prepare la presentación de las pruebas, tanto en actuaciones previas a la celebración de la audiencia en la que deban desahogarse, como en el curso de la propia audiencia, pero en ningún caso delegará el juez la recepción misma de las pruebas. Carecerán de valor las pruebas que no sean recibidas por el titular del órgano jurisdiccional, que presidirá la correspondiente audiencia de desahogo. Además, incurrirán en responsabilidad el juzgador que permita, autorice o no corrija la indebida recepción de pruebas, y el funcionario o empleado que por cualquier motivo participe en ella.

XIX. DILIGENCIA

En la experiencia de los justiciables resuena una expresión muy socorrida: “justicia retardada es justicia denegada”. Finalmente, la innecesaria demora en la solución de la controversia cancela el principio de acceso a la justicia; a lo más se ha tenido un acceso a la oficina judicial, pero no a la respuesta jurisdiccional, que es el contenido del derecho público establecido en el artículo 17, y que debiera ser pronta, completa e imparcial; además de justa, por supuesto. No extraña que el poder revisor de la Constitución haya puesto en primer término la prontitud, como mascarón de proa, aun a costa de dejar para el final la imparcialidad.

La diligencia procesal, que se traduce como justicia oportuna, comprende una serie de expresiones y experiencias, diversas entre sí pero coincidentes en el objetivo final que se busca: celeridad, economía y concentra-

ción son algunas de ellas. Todo el orden del procedimiento debiera repensarse a la luz de estos extremos, que tienen un límite estricto: la garantía de defensa, cuestión de fondo, aunque también de fondo sea —y no sólo de forma, como se suele decir— la diligencia judicial que culmina en una justicia oportuna.

Es obvio que la celeridad requiere, por lo menos, suficiencia en órganos de procuración y administración de justicia, defensa adecuada, buena distribución de la competencia, tipos procesales eficaces y pleno aprovechamiento del tiempo. La idea de obtener celeridad a base de reducir plazos procesales puede conducir a soluciones absurdas, contra las que luego se rebelará la realidad. Mejor sería explorar los tipos de proceso abreviado: sus fundamentos, generalmente asociados a la facilidad de la prueba sobre el objeto del proceso; su estructura y su necesidad.

No sobra poner énfasis en esto último: si los enjuiciamientos sumarios y sumarísimos ofrecen plenas garantías a la justicia y a los justiciables, es preciso marchar por esa vía, necesariamente, cada vez que se actualicen sus supuestos; si no ofrecen tales garantías, lo debido es suprimirlos o sustituirlos. En cambio, parece absurdo —aunque pudiera ser rentable— que la defensa elija entre el procedimiento ordinario y el sumario, aunque estén satisfechas las condiciones para el desarrollo de éste.

XX. ORALIDAD

La oralidad es uno de los principios más frecuentemente invocados y más raramente entendidos o aplicados en algunos sistemas de enjuiciamiento penal. Se sabe bien que oralidad no implica el abandono de toda constancia escrita sobre los actos del procedimiento. De hecho, la supresión de estas constancias entorpecería, hasta impedirlo de plano, el control de la justicia de primera instancia por la superior en grado, además de que haría prácticamente imposible la casación o control de legalidad de las sentencias. Oralidad sólo significa relevancia de las actuaciones practicadas de viva voz por los participantes procesales, en forma tal que aquéllas sean el sustrato para la resolución definitiva.

Nuestros códigos proclaman la oralidad en el proceso penal, pero la práctica milita contra ella. Los tropiezos de la intermediación, la discontinuidad del proceso —tramitado a largos intervalos y en un tiempo prolongado—, la supresión de verdaderas audiencias públicas y otros tropiezos del enjuiciamiento cotidiano, privan de sentido y posibilidades a la oralidad. En efecto, ¿de qué serviría ésta si el juzgador no se halla presente en la audiencia, para escuchar —él mismo— las declaraciones de los participantes? ¿Qué sentido tiene la oralidad si las conclusiones de las partes, que son el análisis del material instructorio, se cumplen exclusivamente por escrito? ¿Qué oralidad podría haber donde no existe audiencia de fondo?

XXI. PUBLICIDAD

Entre los medios de control de las funciones del Estado se halla la opinión pública. Esta es, junto con el sufragio, uno de los instrumentos característicos de la democracia. El antiguo secreto de las actuaciones, típico del sistema inquisitivo, cedió su lugar a la publicidad, más o menos amplia, de los actos del procedimiento; publicidad que nunca ha sido absoluta, ni podría serlo.

Los vientos de Inglaterra y la Revolución francesa llevaron a la justicia ingredientes populares que llegarían a ser democráticos. Uno de ellos fue el jurado, que introdujo al pueblo como sujeto del proceso, a título de juzgador sobre los hechos; otro fue la publicidad de ciertas diligencias, que dio al pueblo la condición de espectador del enjuiciamiento, y por ende contralor de éste y analista de las decisiones jurisdiccionales.

Es obvio que esta última misión de la publicidad contiene, en potencia, elementos muy benéficos para la administración de justicia. Así lo entendió la Constitución mexicana al disponer la publicidad de la declaración preparatoria y la audiencia de juicio (artículo 20, fracciones III y VI). Empero, hay hechos que militan contra la publicidad y sus ventajas. Así, la carencia de condiciones materiales para la presencia del público, la informalidad de las actuaciones, la pérdida de la intermediación judicial, alejan al pueblo de los recintos de la justicia. Otro tanto ocurre, como es obvio, con la generalizada supresión de la audiencia de fondo —que debiera ser el acto central del proceso—, por obra de una práctica inaceptable y como consecuencia, probablemente, de la bifuncionalidad del juez penal en México: si quien sentencia ya instruyó, parece excesivo pedirle que nuevamente reciba pruebas que ya ha recibido.

Hay otros aspectos de la publicidad del procedimiento penal. El pueblo ya no asiste solamente como espectador en la sala de audiencias; los medios de comunicación social y el desarrollo de la electrónica han ampliado extraordinariamente las posibilidades de difundir los actos de la investigación y el juicio. Se conocen por medio de la radio, la televisión, la prensa escrita, la *internet* y otros sistemas a los que tienen acceso millones de interesados o curiosos. Aquí hay un arma de doble filo. Por una parte, atiende a la necesidad de que el enjuiciamiento no sea un suceso doméstico, en los recintos y por los personajes del Estado, actuando a solas; por otra, expone al investigador y al juzgador a presiones intensas de la opinión pública, en favor o en contra de la justicia, que para algunos pudieran ser irresistibles.

El funcionario que conduce el proceso, y quienes con él colaboran, deberán dar muestras —que pudieran acarrear consecuencias desfavorables para ellos— de verdadera independencia. Hoy día, vencidas las tentaciones autoritarias del Estado en la mayoría de las naciones calificadas como democráticas, quedan por resolver las tentaciones del mismo signo —es decir,

autoritarias— de la opinión pública, cuando ha prejuzgado y exige que el juicio se ajuste puntualmente al prejuicio. La demagogia siempre hace guardia en los estrados de la justicia.

No sobra reiterar una vez más que el buen desempeño del principio de publicidad se relaciona con la debida aplicación de los principios de inmediación y oralidad, entre otros.

XXII. LEALTAD Y PROBIDAD

El carácter ético del proceso —y en definitiva del orden jurídico—, se muestra en la invocación de estos conceptos con evidente contenido moral: lealtad y probidad. El principio que se caracteriza bajo este rubro implica que el proceso sea un medio digno, justo, eficiente, transparente, para la solución adecuada de los conflictos; no un método para la aventura de apetitos inadmisibles —aunque los haya en la entraña de muchas controversias— o la satisfacción de pasiones vindicativas o revanchistas.

Si la justicia pública pretende constituir una solución civilizada de las contiendas, es preciso que ella misma —esto es, la propia administración de justicia, que se concreta en el proceso, o más ampliamente en el procedimiento— implique actuaciones civilizadas, consecuentes con aquel objetivo eminente. Esto desalentaría la litigiosidad frívola y puramente agresiva y restituiría a las vías procesales su condición moral genuina.

En otro trabajo, a propósito de la justicia agraria, hice ver que hay litigantes deshonestos —perdido el escrúpulo moral y desechado el control jurídico—, en sociedad con abogados corrompidos y funcionarios interesados o venales, que hacen del proceso un medio para satisfacer codicias o saciar venganzas. El juzgador perspicaz y honorable —y antes que él, en el periodo de instrucción administrativa, el Ministerio Público investigador— debería impedir estas desviaciones de la justicia. Sin embargo, es un hecho que el proceso sigue sirviendo, en no pocos casos, a propósitos indignos.

Claro está que con todo esto no se pretende ignorar las diferencias y distancias entre el sistema ético y el sistema jurídico, y en tal virtud, entre las normas de uno y otro órdenes del comportamiento. Pero aquí, como en pocos ámbitos, queda de manifiesto la raíz común de la moral y el derecho: si no son idénticos, tampoco son antagonicos, o no debieran serlo. Si el proceso pierde su carácter ético —en el sentido de ser un medio digno para la obtención de un objetivo igualmente digno—, pronto perdería el respeto de los justiciables y cancelaría la esperanza en la paz honorable a través de la justicia.

Por supuesto, la lealtad y probidad no abarcan solamente a los contendientes y a sus respectivos asesores o asistentes; comprenden al juzgador y a todos los funcionarios que intervienen en el procedimiento penal: más todavía a éstos que a los propios interesados, porque los funcionarios sólo cono-

cen una guía de conducta, que gobierna jurídicamente sus funciones: la legalidad estricta.

Es posible que la ley misma se refiera a la lealtad y probidad de las partes y sus patrocinadores, pero también lo es que, como observó Calamandrei:

no expresa en concreto, ni lo podría definir jamás, en qué consiste esta obligación. La lealtad y la probidad deben vivir fundamentalmente en la conciencia de los magistrados y de los abogados, de tal manera que, en la costumbre, el respecto de las 'reglas del juego' no se puede imponer a quien no lo siente...

En suma, la conciencia de la lealtad y la probidad, como regla del proceso, se corresponde con la subordinación a esos mismos principios como regla de la vida. No será fácil que el mendaz, el difamador, el truhán, constituidos en parte de un proceso o en patrocinadores de aquélla, observen durante el enjuiciamiento lo que no observan, sino eluden o rechazan, en su propia vida. Aquí se impone recordar la vieja advertencia popular: "la cabra tira al monte".

Sin embargo, es preciso que el sistema jurídico procesal, en bien de quienes lo utilizan con dignidad y limpieza, prevenga reglas que encaucen la conducta en el sentido que esos principios reclaman, y sancione adecuadamente a quienes los vulneran groseramente. La sanción irá de la medida procesal, generalmente benévola —aunque también podría ser severa, si apareja la pérdida de una oportunidad procesal, es decir, el alejamiento de la sentencia favorable—, hasta la pena propiamente tal, cuando el quebranto de esos deberes llega a constituir un delito.

Evidentemente, el régimen de apercibimientos y sanciones procesales sirve al control de lealtad y probidad de los participantes en el enjuiciamiento. Pero hay otro género de instrumentos de los que debe echarse mano: así, las reglas sobre forma y contenido de denuncias y querellas, publicación de éstas y de las resoluciones definitivas, prueba pertinente, conclusiones ceñidas a los puntos del debate, impugnación razonable, consecuencias penales de la imputación calumniosa, el fraude procesal, el falso testimonio, etcétera.

Como sucede en otros casos, este principio se halla vinculado estrechamente con otras reglas del proceso; así ocurre, por ejemplo, con los principios de mínima intervención, inmediatez, individualización, diligencia procesal y varios más.

XXIII. EJECUCIÓN OFICIOSA DE LA SENTENCIA

A diferencia del proceso civil, en que suele persistir la vía de apremio a instancia de parte, en el penal prevalece la ejecución oficiosa de la senten-

cia. En ésta tiene interés la sociedad; su cumplimiento puntual no puede quedar a la buena voluntad o a la recta intención de los participantes en el proceso. Una vez expedida la sentencia, el tribunal debe hacerla saber a la autoridad ejecutora, que a su vez tiene la atribución y el deber de ejecutar de oficio y sin demora. También el Ministerio Público, más como órgano del Estado al servicio de la ley que como acusador oficial y parte en el proceso, tiene la obligación de cuidar que se ejecuten puntual y legalmente las resoluciones definitivas de los tribunales.

Valdría la pena volver sobre la operación de este principio en otros órdenes del proceso, todavía librados a la vía de apremio. Si bien es cierto que la tutela del propio interés, tratándose de bienes disponibles, incumbe sobre todo —y a veces exclusivamente— al titular de aquél, también lo es que la atención a las decisiones jurisdiccionales del Estado implica un nuevo interés que se suma al particular e incluso lo trasciende: una vez que se ha requerido al Estado la impartición de justicia, el acto en el que ésta se concreta —la sentencia firme— ya no importa apenas al requirente o a su contraparte; importa al Estado mismo, como factor y consecuencia del orden jurídico mismo; la desatención indolente o maliciosa no pone en predicamento únicamente los derechos de quien obtuvo sentencia favorable, sino además la eficacia del sistema jurídico y la capacidad decisoria del Estado.

En fin, los juzgadores debieran proveer siempre al cumplimiento de sus determinaciones, así las que se produzcan en el curso del procedimiento como la que pone final a éste y contiene un nuevo acto de creación del derecho: la norma individualizada constituida por la sentencia. Y si el juzgador no lo hace, actuando de oficio para la observancia de sus propios mandatos, debiera hacerlo el Ministerio Público, actuando como promotor y custodio del régimen de derecho.