

FRAUDE POR LIBRAMIENTO DE CHEQUES

Ricardo Florentino García Córdoba *

El Código Penal para el Distrito Federal, además de tipificar el delito de fraude (genérico) en el artículo 386, lo hace también específicamente en las diversas fracciones del artículo 387 y particularmente en la fracción XXI, prevé un tipo de fraude específico cuyo objeto de tutela penal es proteger al cheque como instrumento de pago, cuyo libramiento presupone la existencia de fondos suficientes para su pago y de la autorización de la institución bancaria librada,¹ y por tal razón, sanciona con las penas del fraude (genérico) y con el pago o devolución de lo defraudado, a quien libre un cheque sin cumplir con dichos requisitos previos; independientemente de la acción civil o mercantil que pueda ser ejercitada para obtener su pago.

* **Abogado litigante.**

- 1 “... no debemos restar importancia a ciertos requisitos, previos a la emisión del cheque, que la doctrina ha denominado de “regularidad”. Dichos requisitos son extracambiaros, no constan en el texto del documento, y son elementos naturales de la institución jurídica que es el cheque; en razón de que, no obstante no ser necesarios para el nacimiento y circulación del título, son indispensables para que ésta cumpla su función más característica e importante: servir de instrumento de pago. Sin duda el legislador conocía bien esta circunstancia, por ello presupone la existencia de los fondos y de la autorización del librador (art. 175, L.G.T.O.C.) y también por ello sanciona penalmente a quien libre un cheque sin cumplir con dichos requisitos previos”; Sandoval Ulloa, José G.; Estudio Sobre la Estructura Jurídica Fundamental del Cheque; Tesis para obtener el Título de Licenciado en Derecho; Facultad de Derecho; Seminario de Derecho Mercantil; Universidad Nacional Autónoma de México; México 1964; páginas 63 y 64.

Adicionalmente, consigna una excusa absolutoria² o causa de impunidad en favor del librador del cheque, en cuya virtud, no obstante el libramiento del cheque y su negativa de pago por alguna de las dos causas indicadas, pese a la concurrencia de todos los elementos del delito, por razones de política criminal, se impide aplicar sanción alguna, cuando el libramiento del cheque no hubiere tenido como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido, al señalar que lo comete:

Al que libre un cheque contra una cuenta bancaria, que sea rechazado por la institución o sociedad nacional de crédito correspondiente, en los términos de la legislación aplicable, por no tener el librador cuenta en la institución o sociedad respectiva o por carecer éste de fondos suficientes para el pago. La certificación relativa a la inexistencia de la cuenta o a la falta de fondos suficientes para el pago, deberá realizarse exclusivamente por personal específicamente autorizado para tal efecto por la institución o sociedad nacional de crédito de que se trate.

No se procederá contra el agente cuando el libramiento no hubiere tenido como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido.

...

El cheque, histórica y legalmente, con relación a la función económica que desempeña, es un instrumento eficaz de pago, que sustituye a la moneda de curso legal en los pagos (pero entiéndase que hablamos de una substitución limitada en el tiempo, plazo de presentación del che-

2 "En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena; constituyen el factor negativo de la punibilidad. Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición"; Castellanos Tena, Fernando; Lineamientos Elementales de Derecho Penal; Editorial Porrúa, S.A., Trigésima Edición; México 1991; páginas 278 y 279.

que para su pago), porque al librar un cheque se pretende equipararlo al hecho de entregar moneda de curso legal (billete de banco), pagadero de inmediato a la orden y a la vista, que es su función económica más importante, porque su libramiento presupone la existencia de fondos suficientes para su pago y de la autorización de la institución bancaria librada, es decir, es un medio ideal de sustitución temporal de moneda, de liquidación fácil y expedita, sólo al ser pagado por la institución bancaria librada, en otras palabras, al ser convertido en moneda de curso legal, lo que frecuentemente no sucede.

El uso del cheque se encuentra actualmente regulado en los artículos 174 al 207 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; Ley de Títulos que consagra el carácter estrictamente bancario del cheque, al disponer en su artículo 175, que el cheque sólo puede ser expedido (librado) a cargo de una institución de crédito, lo que significa, que el documento que bajo la forma de cheque y con la palabra “cheque”, inserta en su texto, que se libre a cargo de una persona diferente a un banco, no será un cheque.

La fracción XXI del artículo 387 del Código Penal para el Distrito Federal, fue creada o adicionada por el artículo primero del Decreto de 30 de diciembre de 1983, publicado en el “Diario Oficial de la Federación” de 13 de enero de 1984, en vigor a los 90 días de su publicación, es decir, a partir del 12 de abril de 1984.

Antes de la existencia de la citada fracción XXI, el párrafo segundo (ahora derogado), del artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, disponía: “El librador (se refería al del cheque presentado en tiempo y no pagado) sufrirá, además la pena del fraude, si el cheque no es pagado (1) por no tener el librador fondos disponibles al expedirlo, (2) por haber dispuesto de los fondos que tuviere antes de que transcurra el plazo de presentación, y (3) por no tener autorización para expedir cheques a cargo del librador”.

Al suprimirse (derogarse) el párrafo segundo del artículo 193 de la citada Ley de Títulos, en donde se sancionaba al librador con las penas del fraude, por el libramiento del cheque, su presentación ante la institución librada dentro del término previsto por la ley, y su negativa de pago por alguna de las tres causas aludidas; la conducta que describía dejó de tener carácter delictuoso, porque ya no había una ley que describa como delito tal hecho.³

Ahora, el nuevo tipo del fraude específico por libramiento de cheques de la fracción XXI del artículo 387, en su párrafo segundo dispone, subrayando su carácter eminentemente patrimonial, que: “No se procederá contra el agente cuando el libramiento no hubiere tenido como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido”; lo que significa que para su configuración necesariamente debe estar presente de alguna manera el engaño o el aprovechamiento del error, como medio para obtener ilícitamente una cosa o alcanzar un lucro indebido, diferenciándolo así del delito de libramiento de cheques sin fondos, previsto en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Atendiendo a la descripción típica que realiza el artículo 387 fracción XXI del Código Penal para el Distrito Federal, los elementos exigidos para la existencia del delito de fraude por libramiento de cheques, son:

- 1) Que se libre un cheque contra una cuenta bancaria.

El delito de fraude por libramiento de cheques, sólo puede ser cometido por el librador de un cheque, en este sentido los párrafos segundo

³ “La derogación que contiene el artículo sexto del Decreto de 13 de enero de 1984 es expresa; no hay ni debe haber duda alguna en cuanto a que las tres hipótesis típicas que menciona el párrafo segundo del artículo 193 de la L.G.T.O.C., dejan de ser delictuosas. Esto hace plenamente aplicable el artículo 57 del Código Penal, porque se está en el caso de que una ley nueva, la contenida en el citado Decreto, quita a un hecho determinado el carácter de delito que otra anterior le daba”; Vela Treviño, Sergio; *Miscelánea Penal*; Editorial Trillas, S.A.; Primera Reimpresión, junio 1995; México, D. F.; páginas 240 y 241.

y tercero del artículo 175 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señalan las personas que pueden ser libradores, en la siguiente forma:

El cheque sólo puede ser expedido por quien, teniendo fondos disponibles en una institución de crédito, esté autorizado por ésta para librar cheques a su cargo. La autorización se entenderá concedida por el hecho de que la institución de crédito proporcione al librador esquemas especiales para la expedición de cheques, o le acredite la suma disponible en cuenta de depósito a la vista.

En los casos en que el librador del cheque carece de autorización para realizar el libramiento, no habrá fraude por libramiento de cheques por que la fracción XXI, no prevé dicha situación; pero cuando para obtener el lucro se libra un cheque, falsificando la firma del cuentahabiente a cuya cuenta correspondía el cheque del banco librado, se configura el delito de falsificación y por el beneficio ilegal obtenido podrá haber delito de fraude (genérico).

2) Que el cheque sea presentado para su pago a la institución bancaria librada.

El cheque debe ser presentado para su pago a la institución bancaria librada; pero también puede ser depositado para abono en cuenta, en una institución bancaria diversa a la librada, en donde su pago o rechazo se realiza a través de la cámara de compensación, en la cual se compensan las cuentas que tienen entre sí los miembros de dicha cámara; al respecto, el artículo 182 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, establece que la presentación de un cheque en la cámara de compensación, surte los mismos efectos que la hecha directamente a la institución bancaria librada, en otras palabras, para la integración del delito, la presentación del cheque no tiene que hacerse precisamente ante el banco librado.

3) Que el rechazo de su pago tenga lugar dentro de los plazos que para cada caso marca el artículo 181 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Una vez que se ha librado un cheque, para poder pensar en la existencia del delito de fraude específico a estudio, es necesario acreditar que el cheque fue “presentado en tiempo” a la institución bancaria librada, debe entenderse, dentro del periodo de tiempo marcado por el artículo 181 de la citada Ley de Títulos.

Esto es, (1) dentro de los quince días naturales que sigan al de su fecha (de libramiento), si fueron pagaderos en el mismo lugar de su expedición; (2) dentro de un mes, si fueron expedidos y pagaderos en diversos lugares del territorio nacional; (3) dentro de tres meses, si fueron expedidos en el extranjero y pagaderos en el territorio nacional; y (4) dentro de igual término, si fueron expedidos dentro del territorio nacional y pagaderos en el extranjero, siempre que no fijen otro plazo las leyes del lugar de presentación.

Si la presentación del cheque para su cobro se hace fuera de los límites temporales que marca el artículo 181 de la Ley de Títulos, y es rechazado su pago, no se configura el delito previsto en el artículo 387, fracción XXI del Código Penal para el Distrito Federal, pero de haberse cometido delito, éste sería el de fraude genérico. Con independencia de lo anterior, el librador podrá revocar el cheque y oponerse a su pago, después de transcurridos los plazos de su presentación (Art. 185 en relación con el 181 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Si el cheque se presenta para su pago el mismo día de su libramiento, su presentación debe estimarse antes de tiempo y fuera de ese plazo, porque la fracción I del artículo 181 de la Ley de Títulos, establece que los cheques deben ser presentados para su pago, dentro de

los quince días naturales que sigan al de su fecha (de libramiento), si fueren pagaderos en el mismo lugar de su expedición.

Esto último, es inexacto, porque para determinar si el cheque fue “presentado en tiempo” para su pago a la institución bancaria librada, es necesario, interpretar en forma conjunta, los artículos 181, fracción I y 178 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; de acuerdo con el primer precepto, la presentación de un cheque para su cobro debe hacerse dentro de los quince días naturales que sigan al de su expedición (cómputo que inicia el siguiente día en que fue expedido), si fueren pagaderos en el mismo lugar de su expedición; y el segundo, establece que el cheque será siempre pagadero a la vista, esto es, el mismo día de su presentación, sin atender a la fecha de su libramiento; luego entonces, no existe razón legal para excluir de ese plazo el día de la expedición del cheque, porque se sobreentiende que si el cheque se presentó para su pago el mismo día de su expedición o dentro de los quince días naturales siguientes, debe considerarse que se presentó en tiempo; porque los términos del derecho mercantil deben ser utilizados con la interpretación que esta rama les atribuye, no pudiendo el derecho penal modificarlos, pero sobre todo, porque la fracción XXI a estudio, dice: “En los términos de la legislación aplicable” y esto es la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Pensamos en este apartado, una cuestión inquietante, ¿si el último día para su presentación es inhábil? La respuesta es la presentación del cheque hecho al día siguiente de ese día inhábil, debe estimarse realizado en tiempo; porque por mandato del artículo 196 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, al cheque es aplicable lo dispuesto por el artículo 81 del citado ordenamiento, según el cual, la fecha de vencimiento se prorroga hasta el primer día hábil siguiente.

4) Que se rechace su pago por alguna de las causas siguientes: 1) por no tener el librador fondos disponibles al expedirlo; y 2) por no tener

autorización para expedir cheques a cargo de la institución bancaria librada.⁴

Desde la perspectiva penal, cualquier causa de rechazo, distinta a las señaladas, no configurará el delito de fraude por libramiento de cheques, previsto en la fracción XXI del artículo 387 del Código Penal para el Distrito Federal; como ejemplos podemos citar: a) cuando los esqueletos especiales para la expedición del cheque no sean los que la institución bancaria proporciona al librador; b) cuando la firma estampada en el cheque no corresponde con la registrada como la del librador; c) cuando el librador haya dispuesto de los fondos que tuviere y que tendrían que ser suficientes para cubrir su importe, antes de que transcurra el plazo de su presentación (hipótesis que manejaba el anterior párrafo segundo del artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), etc. En el supuesto en que el hecho ocurra en tal forma, si el libramiento del cheque fue el medio utilizado por el librador para obtener de su víctima una cantidad de dinero o un lucro indebido, se tipifica el delito de fraude (genérico).

Con respeto, aplaudimos la derogación del segundo párrafo del artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pero lamentamos la técnica legislativa empleada en el nuevo tipo de la fracción XXI del artículo 387 del citado Código Penal, por la exclusión en su texto de la hipótesis que manejaba el anterior párrafo segundo del

⁴ "La institución o sociedad librada, que maneja la cuenta contra la que se expide el cheque, puede rechazar el pago del mismo, únicamente por dos razones, para que se piense en la integración de un delito que son: a) rechazo del pago por no tener cuenta el librador, y b) rechazo del pago por insuficiencia de fondos en la cuenta. Cualquier causa de rechazo, distinta de las consignadas, carecerá de relevancia para los efectos del artículo 387, fracción XXI, porque el tipo excluye toda otra posibilidad de acuerdo a su redacción. Como ejemplo, pueden citarse varios casos. Si el rechazo es debido a que la firma no corresponde con la registrada como la del librador; si hay orden de suspender el pago de cheques librados contra la cuenta existente y que tiene fondos; si el librador ha dispuesto de los fondos, que eran suficientes al librar el cheque y muchos otros, no habrá integración del tipo del artículo mencionado, porque éste sanciona sólo las dos causas de rechazo que hemos citado en los incisos a) y b). Tal vez puedan darse como los utilizados para ejemplificar formas genéricas de defraudación, pero lo relevante para nosotros es, dada la indole de este trabajo, que se da el tipo del artículo 387, Fracción XXI". Vela Treviño, Sergio; *Miscelánea Penal*; Editorial Trillas, S.A.; Primera Reimpresión, junio 1995; México, D.F.; página 247.

artículo 193, en la cual se sancionaba con las penas del fraude al librador, por haber dispuesto de los fondos que tuviere y que tendrían que ser suficientes para cubrir el cheque, antes de que transcurra el plazo de su presentación, porque habiendo fondos suficientes el cheque debe ser pagado a su simple presentación, sin atender a la fecha de su expedición, y el beneficiario del cheque determinara ese día, dentro de los plazos marcados por el artículo 181 de la referida Ley de Títulos, lapso de tiempo en el cual el librador tiene la obligación de mantener a disposición del beneficiario los fondos suficientes para su pago.

5) Que la certificación relativa a la inexistencia de la cuenta o a la falta de fondos suficientes para el pago, la realice exclusivamente personal específicamente autorizado para tal efecto por la institución o sociedad nacional de crédito de que se trate;⁵ y ⁶

Para tener por acreditado que el cheque se presentó en tiempo a la institución bancaria librada y la causa de su no pago, es suficiente la anotación o el sello que de acuerdo con los usos bancarios y mercanti-

⁵ "Todo caso en el que se sigue una Técnica Legislativa de Tipificación abierta y elástica, es preocupante. Creemos que también va a ser una cuestión de polémica la parte de este artículo, que dice: ... La certificación relativa a la inexistencia de la cuenta o a la falta de fondos suficientes para el pago, deberá realizarse exclusivamente por personal específicamente autorizado para tal efecto por la institución o sociedad nacional de crédito de que se trate.

Es probable que la polémica se plantee sobre éstas bases: a) El texto transcrito, ¿forma parte del tipo descrito por la Ley?; b) ¿Se trata de reglas especiales dadas por el legislador para comprobar el cuerpo del delito? Ambas cuestiones deben ser profundizadas para justificar nuestra posición. Según la opinión que sostenemos, la parte que hemos transcrito del artículo 387, fracción XXI no integra en forma alguna al tipo de que se trata. Del análisis que hemos ido realizando, se desprenden los elementos que integran al concepto del delito, en cuanto a la conducta, la descripción legal del hecho, la necesaria culpabilidad y la punibilidad. La antijuricidad está inmersa y valorada con suficiencia. Esto quiere decir que, en realidad, la certificación a que se ha hecho referencia no completa ni integra el hecho descrito por la Ley, que en esencia, se reduce al rechazo por cualquiera de las causas citadas, del pago del cheque librado. La certificación no viene a hacer, en este orden de ideas, sino un medio para probar el hecho, lo que es distinto, obviamente, al hecho en sí mismo.

En el caso concreto sostenemos que lo que se está haciendo por parte del Legislador es señalar una forma precisa y categórica para comprobar el cuerpo del delito. En efecto, es evidente que para la prueba perfecta de cualquiera de las dos causas de rechazo con contenido penal, es menester hacer u obtener la certificación realizada por el personal específicamente autorizado de que el rechazo fue motivado por inexistencia de cuenta o falta de fondos para el pago.

les pongan o impriman los empleados bancarios encargados de esa función, ya sea en el reverso del cheque o en algún añadido.

Si la causa de su impago se descubre en la cámara de compensación, la cámara certificará en el cheque la causa de su no pago y de ser el caso, que el cheque fue presentado en tiempo.

6) Que el acto de librar el cheque tenga como finalidad procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido.

No es consecuencia necesaria que se libre un cheque, que éste sea “presentado en tiempo” ante la institución bancaria librada, y su nega-

Con esto se abren campos infinitos para el debate y discusión de la legalidad y constitucionalidad del texto. Veamos algunas cuestiones planteables: * ¿Cuál es el valor probatorio de las certificaciones? * ¿Permiten pruebas en contrario o no las certificaciones en cuestión? * ¿Significa el caso la existencia de una nueva clase de fedatarios, y en tal hipótesis, cuál es el fundamento para otorgar esa fe? * ¿Debe haber un control previo y conocimiento de quienes son las personas específicamente facultadas para certificar? * ¿Son las certificaciones indispensables o puede acudirse a un medio de prueba diferente para la comprobación de la causa de rechazo? * ¿En última instancia, no están esos individuos, específicamente autorizados para certificar, sustituyendo facultades que son propias y exclusivas de las autoridades judiciales?

Nos parece absolutamente inadecuado haber incluido en un tipo aspectos ajenos a él y que tanto habrán de complicar las futuras interpretaciones. De momento, nos limitaremos a sostener que el párrafo recientemente transcrito es extraño al tipo y tiene sólo el alcance de medio para probar el hecho, sin que implique, según nosotros, exclusión de otros medios de prueba diferentes. En conclusión, no creemos que haya sido afortunada esta redacción.” Vela Treviño, Sergio; *Miscelánea Penal*; Editorial Trillas, S.A.; Primera Reimpresión, junio 1995; México, D. F.; páginas 250 y 251.

- 6 “En forma incorrecta y contraria a la técnica del Derecho Penal, la fracción XXI, tras haber establecido el tipo del delito de fraude mediante cheques, se ocupa de precisar la forma en que deberá probarse, diciendo: “La certificación relativa a la inexistencia de la cuenta o a la falta de fondos suficientes para el pago, deberá realizarse exclusivamente por personal específicamente autorizado para tal efecto por la institución o sociedad nacional de crédito de que se trate”; palabras, éstas, que parecen pertenecer a una reglamentación bancaria, y no a un Código Penal, empleadas para tratar un tema que pertenece al Código de Procedimientos Penales y a la comprobación del cuerpo del delito. Esta innecesaria limitación de los medios probatorios admisibles para demostrar la causa de rechazo del cheque, hace, prácticamente, imposible tal demostración en el caso de cheques librados sobre bancos extranjeros, puesto que tales instituciones no tendrán personal específicamente autorizado para realizar esas certificaciones. La única forma de salvar éste obstáculo consistiría en encaminar los procedimientos por la ancha vía del fraude genérico, matriz de la fracción XXI y respuesta a los problemas que esta crea”. Zamora Pierce, Jesús; *El Fraude*; Editorial Porrúa, S.A., Primera Edición, México 1992, páginas 369 y 370.

tiva de pago, (1) por insuficiencia de fondos imputable al librador, o (2) por carecer el librador de autorización para realizar el libramiento; para que se configure el delito de fraude por libramiento de cheques previsto en la fracción XXI del artículo 387 del Código Penal para el Distrito Federal; sino que para su existencia es indispensable acreditar que el libramiento del cheque fue el medio utilizado para obtener ilícitamente una cosa o un lucro indebido.

En otros términos, si se libra un cheque para obtener mercancía, éste es presentado oportunamente para su pago y no es pagado por alguna de las dos causas señaladas en la fracción XXI, habrá delito de fraude por libramiento de cheques; si la causa de su impago es diversa, habrá fraude (genérico); no habrá delito, si el cheque se libra en garantía de una deuda, en pago de un adeudo anterior, o con fecha anterior o posterior a la de su libramiento; porque el libramiento del cheque no fue el medio para hacerse de la cosa u obtener el lucro, lo que no influye sobre la eficacia del cheque, ya que el beneficiario puede ejercitar la acción mercantil correspondiente.

Por último, si la conducta descrita en la fracción XXI del artículo 387 del Código Penal para el Distrito Federal, se presenta en una diversa entidad federativa cuya legislación penal no prevea esa figura, únicamente podrá analizarse si tal comportamiento configura el delito de fraude (genérico), delito que reproducen textualmente todos los estados de nuestro país, en la mayoría de manera idéntica y en los menos, con mínimas diferencias meramente marginales en la redacción de su texto.

LA IMPORTANCIA DEL DOMICILIO PARA EL PAGO EN LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO

*Lázaro Tenorio Godínez**

I. I. CONSIDERACIONES GENERALES

Uno de los contratos donde se generan mayores conflictos jurídicos, dada la dinámica social que incide en ellos, es sin lugar a dudas, el de arrendamiento, donde una de las partes llamada arrendador concede el uso o goce temporal de una cosa a otra llamada arrendatario, y éste a su vez se obliga a pagar por ese uso o goce un precio cierto.

Pues bien, con demasiada frecuencia, dada la buena fe que por lo regular distingue al ser humano, en la cotidianeidad celebramos actos jurídicos sin medir las consecuencias de nuestra premura,

* Magistrado de la Décimo Octava Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

ignorancia o negligencia, confiando desde luego en que no tendremos el mayor problema, y suponiendo sin conceder que lo tuviéramos, nos esperamos en que para eso están los Tribunales de justicia.

En los contratos de arrendamiento, es común advertir que los contratantes, en primer lugar, omiten mencionar el lugar donde se habrá de pagar la renta, y en segundo lugar, si bien estipulan que se hará en el domicilio del arrendador, no lo precisan en el contrato o lo hacen de manera incompleta o incorrecta. Luego entonces, cuando la voluntad de los contratantes no es clara, debemos remitirnos a las disposiciones legales vigentes, a la doctrina y a los criterios de la autoridad federal, quien en muchas ocasiones sostiene criterios discrepantes que nos llevan a resolver los asuntos conforme a derecho, pero sin resolver de fondo el problema material. Así tenemos que existen juicios donde basta observar los escritos de demanda, contestación y el contrato base de la acción, para considerar apriorísticamente el sentido de la resolución que le habrá de recaer, por lo tanto, estimamos que sería conveniente que el legislador, al pretender reformar las leyes, analice en lo posible los criterios aplicables en los Tribunales, y en su caso, elabore las iniciativas para elevarlos a categoría de ley, mediante el proceso legislativo correspondiente.

Para lograr una mejor ilustración en el tema que estamos desarrollando, a continuación exponemos dos asuntos prácticos, donde para la solución, ante la ausencia de disposición expresa en el Código Civil, resulta imprescindible recurrir a los criterios de la autoridad federal, que a su vez plasmamos, esperando que los mismos sean compatibles con los que en su caso puedan advertir los lectores.

II. CASOS PRÁCTICOS

A. LUPERCIO SANTACRUZ, en la vía controversia de arrendamiento, demanda de su arrendatario **RAMIRO OLMOS**, la rescisión

del contrato de arrendamiento, por haber incurrido en mora, al adeudarle tres meses de rentas, habiéndose especificado en el contrato que el pago se efectuaría en el domicilio del arrendador.

Al contestar la demanda, RAMIRO OLMOS niega que le asista la razón al arrendador, argumentando que si bien es cierto en el contrato de arrendamiento se estableció como lugar para el pago de las rentas el domicilio del arrendador, también lo es que en el contrato no se especificaba la ubicación del mismo, por lo que se encontró imposibilitado para cumplir con dicha obligación.

B. ALBERTO CHAPARRO, arrendador, demanda a **DELFINO AVIEZO**, arrendatario, la rescisión del contrato de arrendamiento, el pago de diez meses de renta adeudados, y demás consecuencias legales inherentes.

DELFINO AVIEZO contesta la demanda, negando las pretensiones del actor, bajo el argumento de que en el contrato de arrendamiento no se había especificado el domicilio del arrendador, pero no obstante ello, en varias ocasiones acudió al domicilio de su acreedor para pagar las rentas, sin que aquél se las hubiera aceptado.

III. RESPUESTA A LAS INTERROGANTES PRECEDENTES

En el primer asunto, resulta indudable que de ser ciertas las afirmaciones del demandado, el Juez deberá absolverlo de las prestaciones reclamadas, ya que la falta de pago del deudor no es susceptible de conducir necesariamente en todos los casos al pronunciamiento de una sentencia condenatoria, pues debe estudiarse de oficio cada caso concreto, para determinar si era o no necesario poner en mora al obligado previamente al ejercicio de la acción. En el caso

concreto, ante la ausencia del domicilio del arrendador, por disposición de la autoridad federal, para colocar en mora al inquilino, es necesario que el acreedor demostrara alguno de los siguientes extremos:

- a) Que el arrendatario conocía su domicilio (del arrendador), y por lo tanto, se encontraba en posibilidad de cumplir con el pago de las rentas adeudadas, o en su caso podría haberlas consignado ante la autoridad competente; o bien,
- b) Que el inquilino fuese interpelado o requerido de pago en su casa o despacho, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 2427 del Código Civil, y no obstante ello se había negado a pagar.

En el segundo de los casos, sería perfectamente viable condenar al arrendatario enjuiciado, atendiendo a la hipótesis contemplada en el inciso a) referida con antelación, ya que si bien es cierto, en primer orden el demandado opuso como defensa que en el contrato de arrendamiento no se había precisado el domicilio del arrendador, donde habría de verificarse el pago de las rentas, también lo es que está confesando que conoce la ubicación del mismo, por lo tanto estaba obligado al pago o a la consignación para liberarse de la obligación en términos del artículo 2098 del Código Civil.

En los dos ejemplos de análisis, al actor le corresponderá la carga de probar que el inquilino se constituyó en mora, en términos del artículo 281 del Código de Procedimientos Civiles, con absoluta independencia de que la demandada haya o no contestado la demanda entablada en su contra, toda vez que la acción debe ser analizada de oficio por el juzgador, según lo ha dispuesto la autoridad federal en la tesis que más adelante se transcribe.

IV. CRITERIOS DE LA AUTORIDAD FEDERAL

Son aplicables en el tema que nos ocupa, las tesis de jurisprudencia y ejecutoria, cuyos rubros y fuente de consulta a continuación se transcriben:

ARRENDAMIENTO. RENTAS. LUGAR PARA SU PAGO, CUANDO NO SE PRECISA EL DOMICILIO CONVENIDO PARA HACERLO.— Cuando en un contrato de arrendamiento se establece la obligación de pagar la renta en el domicilio de la arrendadora y no se señala éste, pero existen elementos que demuestran que el inquilino conoció plenamente tal domicilio, esto es suficiente para que la obligación se deba cumplir en los términos convenidos, o sea, en el sitio estipulado, por lo que, si en lugar de obrar de ese modo el deudor consigna la renta, incumple con lo pactado contractualmente e incurre en la causa de rescisión prevista en el artículo 2483, fracción IV, del Código Civil para el Distrito Federal; pero si no existe prueba de que el locatario conociera el domicilio del locador el pago debe hacerse en la casa habitación o despacho del arrendatario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2427 del citado ordenamiento sustantivo, toda vez que, ante la imposibilidad de que el deudor cumpla en la forma establecida, debe tenerse en consideración el principio general de derecho de que nadie está obligado a lo imposible.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

I.4o.C J/6

Semanario Judicial de la Federación, Tomo III, Segunda Parte-2, página 892.

ACCIÓN DE RESCISIÓN DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO POR FALTA DE PAGO PUNTUAL DE LA RENTA. HECHOS CONSTITUTIVOS QUE DEBE PROBAR EL ACTOR, CUANDO NO SE SEÑALA LUGAR PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN.— Al actor corresponde probar como presupuesto de la acción de rescisión de contrato de arrendamiento por falta de pago puntual de la renta, no sólo la existencia del negocio jurídico, sino también que se presentó en la casa habitación o despacho del arrendatario a fin de requerirlo del pago de las pensiones adeudadas, cuando no se señaló en el convenio domicilio para el cumplimiento de dicha obligación, toda vez que se trata de un acto positivo que debe realizar por disposición de la ley y que por ello constituye un hecho en el cual se funda esta acción. Al demandado corresponde, en este caso, acreditar los hechos impositivos o extintivos de la pretensión hecha valer.

3a./J. 41/93.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo 72, diciembre de 1993, página 43. Contradicción de tesis 11/93.

ARRENDAMIENTO. ACCIÓN RESCISORIA POR FALTA DE PAGO DE RENTAS.— Siendo elemento esencial de la acción rescisoria de los contratos el incumplimiento de los mismos, tratándose del arrendamiento, la mora en que pudo incurrir el inquilino para que sea procedente la acción intentada, debe analizarse de oficio por ser de orden público; por lo que el arrendador está obligado a probar que requirió de pago de las rentas al inquilino, cuando no se pacte lugar determinado para ello, y que ésta se negó a hacerlo, a fin de que incurra en mora necesaria para la procedencia de la acción intentada.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO.

Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, 1969-1987, Tomo III, página 709.

V. CONCLUSIÓN

En los contratos de arrendamiento, el señalamiento del domicilio para realizar el pago de las rentas, resulta de gran trascendencia, ya que si bien cierto el artículo 2427 del Código Civil, establece que la renta será pagada en el lugar convenido, y a falta del mismo, en la casa, habitación o despacho del arrendatario, también lo es que existen diversas modalidades que deben observarse cuando se estipula que el pago habrá de realizarse en el domicilio del arrendador, sin que en su contenido se precise éste o se haga de manera incorrecta o inexacta, pues en tales supuestos corresponderá al acreedor demostrar que ante tal omisión requirió o interpeló al inquilino en su domicilio para que le fueran pagadas las rentas, o bien, que el locatario conocía su domicilio y por lo tanto, pudo acudir a realizar el pago o efectuar la consignación ante la autoridad competente para liberarse de la obligación.

Desgraciadamente en el Código Civil no se precisan las modalidades referidas, por lo que en muchas de las ocasiones el actor arrendador no cumple con los extremos mencionados y por supuesto el juicio le resulta adverso. En consecuencia, habría que considerar la posibilidad de reformar el Código Sustantivo Civil para contemplar tales aspectos y evitar juicios innecesarios que no aportan una solución real al problema material planteado.

LOS TESTIGOS PROTEGIDOS

Juventino V. Castro y Castro*

El Dr. Pedro Zorrilla Martínez, excelente constitucionalista y gran conocedor del juicio de amparo, puedo afirmar que fue un amigo auténtico y un maestro para mí. Lo fue materialmente y sin metáfora de mi hija, la Lic. María Cristina Castro Sariñana, y presidió su examen recepcional en 1968. Doble razón para recordarlo con el mayor afecto. Fue en ese evento en el que tuve el honor de conocerlo.

Lo traté en muchas ocasiones, pero muy especialmente en el aspecto académico. Fue en un tiempo el Director de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, cuando generosamente me invitó a dar el curso de *Garantías y Amparo Penal*, que me permitió la suficiente cercanía para tener con él muchos instantes gratísimos en la sede de la Dirección.

Estuvimos juntos y solidarios en labores políticas y sociales, en las que afortunadamente coincidíamos en la mayor parte de los temas.

Mucho me afectó su muerte. Creo que se fue debiéndonos todavía muchas reflexiones, muchas enseñanzas, y muchas críticas. Me es especialmente honroso el dedicarle este trabajo jurídico que me

* Ministro de la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponencia elaborada para formar parte de los trabajos en homenaje al Dr. Pedro Zorrilla Martínez.

consta le habría agradado mucho –sobre todo por su paso por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal-, a pesar de que sus intranquilidades no le llevaban en su tiempo por estos caminos de la Ley. Pero es lo mío, y así se lo quiero ofrecer, a él y a su recuerdo.

Planteamiento del tema

Inicio este estudio recordando que en los últimos años ha aparecido en el panorama jurídico mexicano una institución insólita: *los testigos protegidos*; que quizás mejor debería mencionarlos como los *testigos-delincuentes protegidos*, porque es el verdadero tema de estos análisis.

Insólita porque, como lo confirma cualquier diccionario que consultemos es “suceso *desacostumbrado, extraordinario*”. Lo confirmo: es un acontecimiento que rompe con nuestras costumbres, que “*se brinca*” lo ordinario.

Entiendo a sus creadores, a sus inspiradores. Con tal de “facilitar” una investigación penal, que sólo está al alcance de los bien preparados; o bien para acortar “un esfuerzo” y así facilitar la tarea; resulta muy cómodo obtener (aparentemente a cualquier precio) que una persona –quizás un procesado, o un condenado, o finalmente quien eventualmente pudiere ser procesado-, acepte declarar contra otra que está siendo investigada, inculpándola de un cargo que el acusador público no está en la posibilidad real de demostrar, o que quizás le costaría “mucho esfuerzo” o “mucho ingenio”; todo lo cual proporciona una salida falsa al legitimar a testigos que aprovechan la oportunidad para, a su vez, obtener un beneficio personal, aunque ello represente falsear o manipular la verdad de un proceso penal al que el acusador público le desea fijar un cierto e interesado sentido.

Desde siempre se ha entendido la difícil tarea del “investigador”. Si en presencia de muchos testigos una persona roba, lesiona o mata a otra, el acusador público poco tiene que investigar. Así, burocráticamente, hace constar el testimonio de esas personas que presenciaron el hecho; recibe detenido al autor o autores de los ilícitos; y todo ello lo consigna, incluyendo al indiciado o indiciados, y a los testimonios, a su juez, a quien sí le compete legalmente procesar y juzgar de ellos.

Pero que ante el *acusador público-investigador* se denuncien hechos altamente maquiados, o complejos de investigar, comprobándosele al funcionario, comprometedoramente, que efectivamente sí se realizaron los acontecimientos delictivos y que presuntivamente se reúnen los presupuestos y los elementos típicos de un cierto delito confuso (por ejemplo fraude, delitos de administrador o lavado de dinero), y proceder de inmediato, -con profesionalismo y eficacia-, a averiguar quién o quiénes son los autores (materiales o inspiradores) de tales delitos, verdaderamente son sutiles acciones especializadas de un oficio propio sólo de quien ha experimentado ampliamente la investigación de los ilícitos, que finalmente conducen a la reunión de evidencias -con valor procesal-, y que incriminan a los probables delincuentes. Modernamente los delitos más difíciles de investigar son los de la *delincuencia organizada*, así como los conocidos como de “*cuello blanco*”; los últimos están adquiriendo cada vez mayor relevancia por el generalizado uso de los modernos instrumentos de fraude potencial, y además los electrónicos de memoria registral y de computación de datos.

Pero si -intentándolo- se puede “*negociar*” que alguien (de buena o de mala fe) acepte testimoniar esa necesaria incriminación, sin que el “investigador” tenga otra cosa a hacer que “culminar felizmente la negociación” respecto del testimonio incriminador, a muchos acusadores novatos o cínicos les satisface totalmente, sea que se refiera a delitos cotidianos o a los complejos modernos.

Y es este “ejemplo facilitador” el que contemplamos como forma de manejar la lucha contra el crimen que nuestro país desesperadamente ha perseguido en los últimos tiempos, en los cuales las investigaciones y los procedimientos penales parecen haber caído en un “*bache*” difícil de superar, pero especialmente en éste que motiva mis reflexiones sobre el frecuente uso de *testigos-delinquentes* preparados.

Es pertinente recordar aquí los conceptos de Francesco Carnelutti (en su obra “*Estudios de Derecho Procesal*”), en los siguientes términos:

“Sólo en el proceso penal, a diferencia del proceso civil, por la diversidad del *remedio*, la pretensión no tanto puede cuanto debe ser formulada, no por el titular del interés, sino por el ministerio público; aunque el derecho lo afirme (a) la parte lesionada conviene que a su afirmación se asocie (si bien a veces de manera meramente formal) el ministerio público. Ello significa, en último análisis, que la ley no se fía de la parte, no sólo para la actuación de la pena, pero ni siquiera para mover el proceso dirigido a actuarla. Esto ocurre porque el proceso penal, tanto en la fase ejecutiva como en la fase de cognición, es un instrumento peligroso, que debe ser manejado únicamente por aquéllos a quienes la ley encomienda ese oficio; y aun por ello mismo con máxima cautela. Entre las cautelas merecen particular atención la llamada *instrucción*, y, por otra parte, las diversas especies de *autorización*.”

“Otra es, luego, la cuestión de si ese peligroso instrumento lo sepan emplear o no los *mecánicos del Estado*; pero aquí el razonamiento se saldría de los rieles.”

Bases constitucionales

Llamando tanto la atención toda esta problemática, y trascendiendo tanto a la vida jurídica de nuestro país, resultan igualmente

te notables los legalizados intentos “amañados” para dar solución a tal problemática, no estrictamente mediante el acatamiento a la tradición jurídica nuestra y a la cultura a la cual pertenecemos. Se copian usos ajenos, a los cuales también se le introducen perfeccionamientos. Como reacción interna me he dado a la tarea de reflexionar sobre estas cuestiones tan trascendentales que afectan a nuestra legalidad, todo lo cual motiva estas notas que, además de hacer la recordación de un gran jurista, apenas si intentan manifestar el empeño de dejar constancia de mis dudas y rechazos, quizás para promover más tarde un esfuerzo mayor y mejor.

Tenemos una larga tradición jurídica en todas las materias legales, pero especialmente en la penal. Contamos, afortunadamente, con un texto constitucional perfectamente explorado, y finamente interpretado y afinado. Y todo esto es una ventaja para quien como yo trata de manifestarse dentro de un insólito intento en mi concepto totalmente artificial, de combatir –eficaz pero equivocadamente-, a la delincuencia transcendente, que crece aún a mayor velocidad que nuestra población, tarea creativa esta última en la cual parece que contamos con un alto prestigio, y que también resulta grave factor de criminalidad.

Precisamente porque existe un texto constitucional acabado, creo de mi obligación empezar mis reflexiones con un intento de ubicar cuál es nuestra filosofía constitucional más profunda respecto a la tarea de administrar justicia en nuestro país.

El artículo 21 constitucional se inicia con dos mandatos contundentes: a) *La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial*; y, b) *La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público*. Y con base en esos dos claros mandatos diversificadores, que no pueden ser manipulados y traicionados, debo arribar a mis primeras conclusiones. Respecto del primero, -concerniente a aceptar que la autoridad judicial es la única que impone o absuelve de

las penas en justo cumplimiento de las disposiciones constitucionales, deduzco el principio de la existencia del *ius puniendi* (el derecho punitivo; el derecho a castigar). Sólo el juez puede imponer –o dejar de imponer y *graduar*-, las sanciones penales inscritas en la ley. Y no hay que olvidar que los jueces son parte del Poder Judicial, y éste a su vez uno de los tres que conforman el Estado de Derecho Mexicano.

Del segundo mandato obtengo la comprensión de que en nuestro país el Ministerio Público tiene un importantísimo *poder-deber*; es decir que si bien se le reconoce el monopolio en la investigación y persecución de los delitos, congruentemente le impone igualmente *el deber* de realmente investigarlos y perseguirlos. A él no le toca imponer penas o absolver de ellas; su deber es investigar y perseguir –cuando sea el caso-, en los términos del artículo 16 constitucional que precisa que nadie puede ser molestado en su persona, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. Y agrega que (salvo la excepción de *delito flagrante* a que se refiere el párrafo cuarto del propio artículo), al necesario mandato judicial debe *preceder* denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito; denuncia, acusación o querrela que ya se sabe no pueden ser accionadas sino por el Ministerio Público, el acusador público que crea nuestra Constitución contrastándolo con el poder soberano del juez, en virtud del *ius puniendi* a que ya he hecho referencia.

Por tanto no queda otro camino constitucional a seguir que acudir a la fuente básica de la normatividad jurídica referida en nuestra Constitución Política en las disposiciones que acabo de citar, y en otras muchas que lo complementan.

El derecho a castigar

Para ilustrar la primera de las cuestiones planteadas, aclaro que ante todo me fundo en las reflexiones de Jorge Ojeda Velázquez, en

su obra "*Derecho Punitivo. Teoría sobre las Consecuencias Jurídicas del Delito*".

Recorre este autor las distintas etapas del derecho punitivo, y sobre la correspondiente al *derecho divino de castigar*, que es la inicial en la historia de la humanidad, textualmente dice lo siguiente:

“En el estadio teológico inferior, la idea punitiva se encontraba revestida de un carácter predominantemente religioso relacionado con sociedades primitivas y poco avanzadas. En ese estadio, el delito se concebía como un triunfo del mal sobre el bien, por lo que la sanción vino a ser algo así como el pago por el mal cometido. El sujeto debía ser castigado severamente por haberse dejado poseer por las fuerzas malignas. Sus seguidores aducían que el derecho de castigar provenía de Dios quien, al crear al hombre a su imagen y semejanza, le transmitió esa facultad, de manera que, al ser expulsado del jardín del Edén, la sanción pasó a formar parte del inmanente del hombre, quien la transmitió de generación en generación.”

O sea: que ante una conducta “maligna”, y en nombre de Dios, se habrá de imponer un “castigo”. De ahí que la sanción por cometer ilícitos se mencione como “un penar”, un “sufrir pena”. De ahí también el nombre de leyes penales y de Derecho Penal.

A mayor abundamiento, Luis Rodríguez Manzanera en su obra "*Penología*", nos explica: “Era necesario distinguir, (a los miembros de la Sociedad Mexicana de Criminología que se reunieron en 1998) al menos, tres momentos diferentes en la reacción penal: el legislativo, al crearse la norma y la amenaza de sanción, a la que llamamos <<punibilidad>>; al judicial, al fijarse la punibilidad, denominada por nosotros <<punición>>; y el momento ejecutivo, para el que dejamos el término <<pena>>”.

De la venganza divina, sistema con el cual inicié este recordatorio del *ius puniendi*, es bien conocido que el sistema original pasó al de la “*venganza privada*” que se ejercía por el ofendido por una injusticia, ya que resolvía el agravio imponiendo penas por propia mano. En esta etapa cuando un hombre imponía un mal a otro por el daño que a su vez antes éste había igualmente realizado en lesión del primero, nace un curioso e interesante movimiento, según el cual se “reconoció” de hecho “un derecho” del ofendido sobre el ofensor. Se recuerda a este respecto en el Derecho Romano el derecho que un padre tenía para matar a alguna de las mujeres que dependían de él por ilicitudes que ellas hubieren cometido; el derecho del propietario de una casa para matar al ladrón que se introducía en ella; y aquel derecho que permitía al injustamente atacado el dar muerte a su agresor. De la misma manera se introdujo en el Derecho Romano primitivo el derecho de una persona para matar a su mujer y al amante, sorprendidos en flagrante delito.

Por supuesto las normas generales aceptadas en esa época se crearon por vía consuetudinaria; no existía oficializado un órgano encargado de enunciar esas normas o de asegurar su aplicación. Quizás recordando este acontecimiento histórico es por el cual nuestra actual Constitución, que por supuesto hereda disposiciones de tiempos muy remotos, en su artículo 17 dice: “*Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla...*”

Bajo estas disposiciones constitucionales es bien claro que superando la antigua costumbre de la venganza privada, ahora el lesionado no obtiene para sí un “*derecho a castigar*”, sino, sustituyéndolo, un “*derecho a la jurisdicción*”, forma civilizada de entender que sólo el Estado puede castigar -y el ofendido por el delito solicitarlo-, a través de un órgano soberano que es el judicial; y que los lesionados o quienes afirmen representarlos no adquieren el derecho de

manejar e influir en el procedimiento mediante el cual se sanciona a los ilícitos penales, ya que, pudiendo el delito al mismo tiempo lesionar igualmente a los particulares ofendidos por el ilícito, prioritariamente se persiguen los daños hechos a una sociedad que es la que se ve principalmente conmocionada por el rompimiento del orden jurídico. Queda por lo tanto el interés del particular, por la lesión personal sufrida, en un lugar incidental, dependiente del principal, que contempla ante todo al agravio público, y entendiéndose cabalmente que el representante de esa sociedad ya no puede disponer a su libre arbitrio de su obligación de investigar; ni de su deber de proponer el procesamiento de alguien; ni, finalmente, de poner a un lado su obligación de someter a la consideración de la autoridad judicial (única que puede imponer o absolver de las penas), los hechos investigados, la cual, a su vez tiene un mandato constitucional soberano para resolver los cuestionamientos preparados por el acusador público y la defensa. Dentro de estas obligaciones procesales de la autoridad judicial –todo de acuerdo con la ley aplicable-, está la de recibir pruebas tanto para demostrar la culpabilidad de un acusado como para absolverlo de ese cargo en la medida en que el procesado y la defensa lo pongan de manifiesto. También de acuerdo con la ley el juez puede libremente aceptar o rechazar las pruebas, pero siempre fundando y motivando (artículo 16 constitucional) su aceptación o desechamiento, con lo cual se permite (al acusador y el acusado), –mediante recursos legales-, acatar o impugnar las determinaciones judiciales dentro de un proceso legal, propio de un Estado de Derecho.

Dentro de la etapa de la venganza privada (en donde surge la *vindicta*, la *ley del talión* o *faida*), se produce significativamente un *régimen de composición pecuniaria*. Es decir, si el ofendido por el delito *obtiene un derecho* personal y exclusivo de castigar a una persona que le agravió a él o a alguno de los familiares a su cuidado, y a su vez resulta entendible que quien está sujeto a la venganza privada desee rescatar su vida y su integridad personal, resulta con-

gruente que nazca la “negociación”, que es precisamente en lo que se basa la composición pecuniaria. Quien se encuentra en manos de su vengador, es entendible que quiera negociar el que no se le castigue sino que se le fije a cambio de la pena una suma de dinero o una obligación menor que pueda cumplimentar, y que no afecten su vida y su integridad personal, o la de sus familiares.

Esta antigua etapa también es digna de recordación en estos tiempos modernos en que aparentemente el acusador público, *retoma* el papel del vengador privado de las épocas primitivas, y “negocia” ahora ya no con el autor del delito, sino con un testigo que pueda “acusar” a aquél o por el contrario sostenerlo como inocente, -en colusión con la defensa-, para que finalmente se produzca un resultado procesal “negociado”, aparentemente jurídico pero en la realidad no perteneciente a esta etapa del derecho procesal científico contemporáneo, integrándose así de hecho una regresión a sistemas abandonados hace ya muchos siglos.

Inútil extenderme más en la etapa de la *venganza pública*, pues ésta se deduce de ese intento de arrebatarse de las manos de los particulares lesionados -vengativos negociadores de delitos-, la acción que ahora se otorga a un órgano público que, -según su historia-, ya no permite dentro del *sistema acusatorio* que en la acción penal procesal se pueda intervenir con *mano vengativa* o con *mano punitiva*, sino por el contrario bajo un sistema de estricta legalidad, de estricta objetividad.

Es útil recordar aquí al *sistema inquisitivo* dentro del cual crecimos los mexicanos en la época colonial, y en el cual el acusador público y el previo investigador de los derechos eran una sola persona, una sola entidad. Es un recuerdo del Tribunal de la Santa Inquisición que impuso el sistema procesal aludido y que le dio su nombre, el cual vivió hasta que se viró al *sistema acusatorio*, que divide ya en dos órganos públicos la responsabilidad de integrar la

justicia penal de un país. Es el nacimiento de un órgano independiente del judicial que investiga los delitos y solicita su sanción (antes el *procurador fiscal*; ahora el *ministerio público*); sin hacer valer intereses personales o institucionales, sino sociales, contrastando por otra parte con un diverso órgano público que juzga de la acusación (y obviamente de los planteamientos de la defensa) que no investiga pero sí impone o absuelve de las sanciones penales, y las gradúa. Este sistema lo inaugura la Constitución de 1917, y bajo nuestro actual procedimiento, aún no modificado, un órgano público al que denominamos Ministerio Público -a imitación de la legislación francesa-, y que depende de los Poderes Ejecutivos, se *corresponsabiliza* con otro órgano público tramitador de procesos y resolutor final, que constituye un Poder distinto, o sea el judicial, para administrar justicia al alimón.

Obligatoriedad del proceso penal

Como consecuencia de este recordatorio sobre la secuela histórica que se produce durante varios siglos en los procedimientos mediante los cuales el castigo por la comisión de delitos sólo puede llevarse a cabo por un juez y dentro de un proceso penal, cobran importancia las características de la acción penal que -una vez más se recuerda-, sólo puede ejercer el Ministerio Público, y no las partes agraviadas o la parte acusadora, y todo esto *dentro de un único proceso penal*. Debo llamar la atención que tanto la acción penal como el proceso correspondiente tienen características de estricta legalidad constitucional en México, y no pueden ser modificadas por las partes. No hay *opciones*; no existe la *discrecionalidad* en el ejercicio de la acción penal, ni tampoco en el juzgamiento final.

En mi obra *El Ministerio Público en México. Funciones y Disfunciones*, me permití estudiar estas cuestiones más detenidamente, y en algunas de sus partes me refiero al principio que he utilizado sobre *la aplicación obligatoria del proceso penal*.

En primer lugar me refiero al *principio de la obligatoriedad del proceso penal*, según el cual la relación jurídica penal no puede hacerse efectiva sino a través de un proceso penal que constituye, -si se reúnen los requisitos legales necesarios-, una obligación del Estado. El particular, por ejemplo, no puede someterse voluntariamente a la pena, sin que haya habido previamente un proceso en que se constate su responsabilidad. Y por otra, no es posible condenar o absolver a una persona mediante una *parodia* de juicio, digamos actuaciones ante las cámaras cinematográficas o televisivas.

Florian (*Elementos de Derecho procesal penal*), se expresa así respecto a este principio: “En el campo del derecho privado la voluntad de las partes es soberana y el proceso (civil) no es siempre necesario; la mayor parte de las veces por fortuna, no es preciso recurrir a él para hacer efectiva la relación jurídica que, en otro caso, hubiese sido su objeto. En cambio, la relación del derecho penal, dado su carácter eminentemente público, no puede hacerse efectiva más que por medio del proceso y, por tanto, del procedimiento, por cuya razón la voluntad de las partes, la ejecución voluntaria de la pena, no hallarían aquí manera de actuar. *La historia del derecho nos muestra que se han infligido penas sin proceso, y existido pactos sobre la pena entre el juez y el imputado; pero éstos no son más que recuerdos del pasado, hoy esfumados en el tiempo*”. Las cursivas son mías.

Considero así perfectamente fundamentada la obligatoriedad del proceso penal, tanto para el juez como para acusador y acusado, que se traduce en dos máximas señaladas por el mismo Florian: *nemo iudex sine lege*, o sea que la pena sólo debe llegar a través de un juez previamente habilitado por la ley; y *nemo damnatur nisi per legale iudicium*, o *nulla poena sine iudicio*, ya que nadie puede ser lesionado o sometido a una pena sino después de un juicio legal.

Por lo que respecta al principio de la *inmutabilidad del objeto del proceso (inmutabilitasprinzip)*, -que también debemos

tener muy en cuenta-, éste consiste en que una vez constituida la relación procesal, su desenvolvimiento se sustrae a la voluntad dispositiva de las partes las cuales no pueden detener el proceso *ni buscar su solución fuera de la decisión jurisdiccional*. Esto también lo aprovecharé más adelante cuando ya examine concretamente a los *testigos-delincuentes protegidos*, que no sólo indebidamente “se negocian”, sino que tal negociación se plasma fuera del proceso legal, ya sea ante Notario Público o una autoridad incompetente, prensa, radio o televisión, y sin respeto al “*contradictorio*”.

En tal forma se confirma cada vez más la sapiencia del artículo 21 constitucional y otros vigentes que precisan garantías individuales para los indiciados, procesados y sentenciados, cuestiones todas ellas que serán motivo de manejo en el resto de este trabajo, pero la conclusión es: *nadie puede ser sometido a una pena o absuelto de ella, sino por su juez; nadie puede ser investigado y acusado, sino por el acusador público; nadie puede ser enjuiciado, sino dentro de un proceso penal jurisdiccionalmente competente.*

Para confirmar este aserto basta leer en profundidad el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, sintetizado en la siguiente forma: *“Nadie podrá ser privado... (de sus) derechos, sino mediante juicio... en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento...”*

La mención de las *formalidades esenciales del procedimiento*, es clara referencia al proceso penal que consiste en un procedimiento judicial que contiene *formalidades esenciales*. Todo esto se cumplimenta por el legislador federal ordinario dentro de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, en su artículo 160, que considera y enumera las violaciones a las leyes del procedimiento que afectan a las defensas del quejoso.

Los norteamericanos, que cuentan también con esta garantía constitucional le llaman el *due process of law* (el *debido proceso legal*).

Las pruebas en el juicio

Habrà que profundizar aun más en estos temas. Es verdad que, a la manera de Chiovenda, los conceptos fundamentales del proceso son la *acción*, la *jurisdicción* y el *proceso mismo*. Calamandrei se adhiere a esta *Trilogía estructural del proceso*, que por lo demás contiene conceptos que no son aceptados por todos los autores.

Pero lo que no se pone en duda es que el proceso (el procedimiento que, según nuestra Constitución, debe contener *formalidades esenciales*) se construye y toma su lógica a través de las *pruebas* que le dan estructura, y que están inmersas en la etapa de la *instrucción*.

El término prueba proviene del latín *probandum o probe*, que significa dar credibilidad, hacer confianza, o dar confianza a la autoridad. Esto destaca en forma principal –y por supuesto destaca en forma importante–, a la autoridad. Es bien claro que la prueba *va dirigida específicamente a la autoridad* que encabeza y resuelve el proceso. Debe entenderse que acusación y defensa pretenden “*ganar*” a la autoridad para su causa, para su punto de vista. Por tanto el principio congruente en relación a la prueba es que ésta debe ser *libre*; lo contrario es conceder una oportunidad indebida a la *prueba tasada*: la prueba que resulta obligada de aceptar en sus términos literales, tiene consecuencias predeterminadas para la autoridad y es una incongruencia, ya que si eso fuera obligatorio el órgano jurisdiccional no sería libre, no sería soberano, sino obligado por un factor que no depende de su dominio, de su sentir, sino de la voluntad del legislador, del acusador o del defensor que utilicen las *pruebas tasadas*, llamadas por otros autores: *pruebas preconstituidas*.

En mi obra ya citada en que examino las funciones y las disfunciones del Ministerio Público, cito a Tolomei, quien dice: “En el proceso penal, por el contrario (*contrariamente al civil*), el juez busca la realidad de los hechos; puede desechar la confesión del acusado si la cree falsa o interesada, y no se encuentra constreñido ni por el pedimento de las partes, *ni por la especial valoración legal de las pruebas*”. Las cursivas se las pongo yo.

Por mi parte, y después de varias citas más, concluyo así: “El proceso civil, en el que se versan intereses privados, busca el hacer congenerar los derechos de los particulares; por eso se admiten soluciones extrajudiciales, arbitrajes, remisiones, desistimientos, etc. *Y por eso se establecen pruebas tasadas*, que pongan fin a las controversias, y el juez no lleva sus investigaciones más allá de los pedimentos de las partes (como regla general). El carácter público del proceso penal, en el que el Ministerio Público pugna por establecer el derecho punitivo del estado, *busca la verdad real y efectiva*, ya que la sociedad está interesada en que se castigue al que realmente es culpable, establece el grado de su responsabilidad, evita molestias a un inocente, y llega a preferir el liberar a un culpable que castigar a un inocente.”

Ley contra la delincuencia organizada

Ha llegado el momento de aplicar todas estas reflexiones y toda la doctrina antes citada, dirigiéndola al objeto de mi crítica, porque toda esta disertación encierra un reproche, hacia esta normatividad para perseguir a la delincuencia organizada, aunque se rompa la constitucionalidad y se distorsione el derecho penal.

En el Diario Oficial de 7 de noviembre de 1996 apareció publicada la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que contiene muchas cuestiones dignas de ser examinadas, no siendo éste el

momento de hacerlo así. Menciono tan sólo que en su artículo primero establece que la misma ley “tiene por objeto establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la *delincuencia organizada*”. Agrega que sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional.

Dentro de su articulado aparece un Capítulo VII, al cual se le denomina “*De la colaboración en la persecución de la delincuencia organizada*”.

El artículo 35, inicial de ese Capítulo VII, tiene un encabezado que deseo comentar previamente. Este es el texto sobre el que llamo la atención: “*El miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la misma, podrá recibir los beneficios siguientes:...*”.

Es bien claro que ya desde este encabezado se maneja con mucha naturalidad que hay que “*beneficiar a los delincuentes*”, siempre y cuando éstos presten ayuda –y ayuda eficaz–, en la investigación y persecución de otros delincuentes. Con toda firmeza aquí se establecen los términos de una “*negociación*”.

¿Quiénes son los que “negocian”? Esto nos lo aclara el artículo anterior al que comento, que es el único que constituye el Capítulo VI y se refiere a la protección de las personas: “*La Procuraduría General de la República prestará apoyo y protección suficiente a jueces, peritos, **testigos**, víctimas y demás personas, cuando por su intervención en un procedimiento penal sobre delitos a que se refiere esta ley, así se requiera*”.

Parecería en esta forma que lo que pretenden estos Capítulos es simplemente proteger, para su seguridad personal, a todos esos

sujetos procesales que enumera el artículo 34. Resulta claro que testificar contra una persona puede traducirse en un “riesgo”. Y la Procuraduría tiene obligación de proteger a los amenazados.

Sin embargo, si lee uno las distintas fracciones del artículo 35, esto no aparece como verdadero. Si bien la fracción I se refiere a una circunstancia en la cual no exista averiguación previa en contra del deponente, la fracción II sí ya prevé algo más profundo, en los siguientes términos textuales: *“Cuando exista una averiguación previa en la que el **colaborador** esté implicado, y éste aporte indicios para la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada, la pena que le correspondería por los delitos por él cometidos, podrá ser reducida hasta en dos terceras partes”*.

Es difícil no calificar este tratamiento de insólito, pero es fácil observar como este dispositivo tergiversa totalmente al artículo 21 constitucional, puesto que la “negociación” se establece entre la Procuraduría General de la República y el delincuente, con el objeto de que otro órgano procesal ajeno, y posiblemente futuro: el juez, obligadamente “reduzca” la pena que señala el Código Penal, y que finalmente *podiere* llegar a aplicar. De esto deducimos que por virtud de un acto (y acto discrecional sin límites) de la Procuraduría General de la República digamos más técnicamente: del Ministerio Público Federal, *el juez que posiblemente conozca posteriormente de un procesamiento, resulta ya de antemano obligado a reducir la pena que según el artículo 21 constitucional es una actividad “propia y exclusiva de la autoridad judicial”*.

Iguales o parecidos “beneficios” se prevén a favor de los delincuentes en la fracción III (cuando el indiciado aporte pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros delincuentes), y la fracción IV (misma hipótesis cuando los sentenciados sean altos miembros de la delincuencia organizada con funciones importantes).

La “negociación” del delito

No resisto el transcribir los conceptos del Dr. Sergio García Ramírez –por cierto notable Procurador de la República en los años ochentas-, vertidas en el Seminario de Actualización Sobre la Reforma Constitucional en Materia de Delincuencia Organizada que en el año de 1998 promovió y llevó a cabo el Instituto de la Judicatura Federal. Estas son sus evaluaciones:

“Uno de los puntos más discutibles de la LFDO (también importado al sistema jurídico mexicano a partir del Derecho norteamericano, especialmente) es la <<negociación entre el Estado y el infractor>>, que se traduce en ventajas para la investigación penal a cambio de ventajas en la persecución y la sanción de quien contribuye a aquéllas mediante información y pruebas aprovechables. Aquí campea ampliamente el principio de oportunidad persecutoria, por encima de la regla de legalidad, que había dominado en el Derecho mexicano.”

“También en este orden de cosas surgen observaciones e interrogantes. Digamos, ante todo, que la fracción I del artículo 35 contempla una verdadera facultad de gracia en manos del Ministerio Público; ésta contraviene la legalidad en el ejercicio de la acción, postulada por el artículo 21 constitucional.”

“Las pruebas cuyo suministro permite moderar las sanciones aplicables a quien las proporciona, ¿se refieren en general a casos de delincuencia organizada, o se reducen al caso específico que se está juzgando? Los <<descuentos penales>> ¿abarcaban solamente las sanciones aplicables bajo el concepto de delincuencia organizada o también las correspondientes a los otros delitos cometidos o que se intenta cometer?”

“Hay extremos sujetos a un amplio arbitrio del Ministerio Público o el tribunal, como la <<relevancia>> de la información suministrada y la <<mayor peligrosidad>> del individuo a cuyo enjuiciamiento se constituye. Por lo demás, la abstención persecutoria del M.P. tiene ciertas repercusiones (esencialmente procesales) sobre la reparación del daño.”

La verdadera protección a testigos

Sí hay ejemplos –dentro de sistemas pertenecientes a nuestra cultura jurídica-, sobre protección a testigos en el proceso penal.

Sirva de ejemplo la *Ley orgánica de protección a peritos y testigos en causas criminales* de España, expedida el 23 de diciembre de 1994. Pero resulta bien claro que en ella la protección es en *defensa* de esos sujetos procesales que se ven expuestos por declarar la verdad; o al menos “su” verdad. Por eso en el inciso 2 de su artículo 1, textulamente dispone:

“Para que sean de aplicación las disposiciones de la presente Ley será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos”.

En su artículo 2 se expresa cuáles son las medidas de protección: a) en las diligencias no constarán sus señas de identificación, pudiéndose utilizar en sustitución un número o cualquier otra clave; b) Utilización de cualquier procedimiento que imposibilite la identificación visual normal del perito o testigo; y, c) que las citaciones o notificaciones se hagan a ellos en la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

Por ello resulta entendible que siempre intervenga la autoridad judicial, y la apreciación final corresponda totalmente a ésta y no al Ministerio Fiscal, a quien por lo demás se le impone la obligación de “cooperar” para la efectividad de las medidas protectoras.

Desde 1998 la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) ha instado a los países del área del Caribe para formular un programa viable de protección al testigo. Al describirse los propósitos del programa, textualmente se dice: “Como resultado de los actos de violencia contra personas llamadas a presentarse como testigos en juicios penales acaecidos en varios países del área del Caribe en los últimos tiempos, se ha llegado a la conclusión de que es necesario introducir reformas legislativas a nivel nacional para mejorar la protección acordada a los testigos, así como establecer acuerdos regionales que posibiliten la cooperación entre los países en este aspecto.”

Como se puede constatar entre los países de cultura no anglosajona la protección a testigos y peritos es eso: “protección contra ataques o amenazas físicos o morales”; no pretextos para manipularlos, que es tanto como “*manipular la verdad*”.

El ejemplo norteamericano

La “negociación” del proceso penal en la Legislación de los Estados Unidos de América, ha tomado dos caminos procesales bien definidos: se negocia con el acusado –con el *District Attorney*, y aceptado por el juez de la causa, o de la probable causa-, que si se declara culpable de un delito menor (*ahorrándose así el proceso*), se le levantarán los cargos (*se le absolverá*) de un delito mayor.

Otra “negociación” puede ser con los testigos, que es mi tema. A un acusado o posible acusado se le elimina de un encausamiento

–presente o futuro-, si declara en contra de otro (*tercero, cómplice, o miembro de la misma asociación delictuosa*), y adicionalmente se puede extremar las precauciones protectoras; en casos muy especiales se le proporciona –artificial e ilegalmente, por supuesto-, una “nueva identidad”, cambiándole “legalmente” al testigo y a su familia de nombre, dándoseles uno nuevo; distintos documentos identificatorios, y a veces avecindándolos en otra ciudad, y con un nuevo empleo. Muchos principios legales –para nosotros-, de carácter civil y penal se destrozan en el afán de obtener un “resultado cómodo.”

En España mucho se ha discutido el deseo mayoritario de permanecer dentro del sistema de *legalidad* en la acusación pública, o bien adoptar el sistema de *oportunidad* en la actuación de ese funcionario. Manuel Marchena Gómez, (en su monografía *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*), ilustra este tema en España, y al transcribir sus conceptos hago la aclaración de que se refieren a la primera de las negociaciones apuntadas, y no a la de testigos. He aquí sus conceptos:

“No parece de recibo la afirmación del principio de oportunidad en su manifestación más pura. Esto es, una oportunidad que se hiciera sinónimo de conveniencia, de posibilismo, de calculada estrategia en el ejercicio de la acción penal. Elementales imperativos derivados de principios de rango constitucional como la seguridad jurídica, la igualdad o la misma interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, chocarían frontalmente con la posibilidad de que el Ministerio Fiscal, constando acreditada la existencia de un hecho típicamente antijurídico y punible, así como la persona responsable del mismo, se abstuviera de actuar la acusación porque lo considerara acertado, oportuno o conveniente”.

“La inidoneidad del principio de oportunidad así concebido, lo descarta, incluso, como hipótesis de trabajo. Surgen

entonces otros enunciados del controvertido criterio de persecución penal que, postulando controles legales y judiciales, hacen de aquella facultad una *oportunidad reglada*. Así, define Gimeno Sendra el principio de oportunidad como <<“la facultad, que al titular de la acción penal asiste, para disponer, *bajo determinadas condiciones*, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho posible contra un autor determinado>>.”

“Las posibilidades de disposición que asisten al Acusador Público varían en su contenido en función de las características específicas de cada una de las legislaciones que acogen la oportunidad reglada como criterio de realización del *ius puniendi*. Así, el llamado *plea bargaining*, definitorio del Derecho de los EE.UU., fundamenta la oportunidad en la posibilidad de un juicio arreglado o negociado, de suerte que Fiscal y acusado, previamente convenida una reducción de la pena que, en otro caso le correspondería al encarado, solicitan sentencia ante el órgano decisorio sin abrir el contradictorio, fundamentándose la resolución judicial en la confesión por el acusado de los cargos que pueden ser, en principio, de muy inferior gravedad a los que inicialmente podían haber motivado la acusación”.

CONCLUSIONES:

PRIMERA.- Los testigos dentro de un proceso penal, por supuesto que *sí deben ser protegidos*.

Ellos, y los jueces, y los agentes del Ministerio Público, y los peritos. Todos corren un evidente riesgo frente a la *delincuencia organizada*, y a la delincuencia común, ocasional e intencionada.

Desde hace muchos años, uniéndome a la voz del Procurador García Ramírez –y el único que, además de aprehender a los principales “capos” de su tiempo también combatió (mediante el programa ADEFAR) *el consumo de los psicotrópicos, estupefacientes y sustancias enervantes-*, conviví con él en la angustia del evidente auge que tomaba en nuestro país el *narcotráfico*. Supimos desde los años ochentas que nuestra patria podría caer en los graves problemas en que ahora desgraciadamente ha caído, en el tráfico y consumo de drogas.

Comprobamos la presión de los narcotraficantes sobre nuestros agentes, sobre los jueces, sobre los testigos, sobre los peritos, y también sobre los humildes campesinos a quienes los miembros de la delincuencia organizada –entonces incipiente-, amenazaban para lograr la siembra en sus tierras de las plantas de la mariguana y de la amapola que proporciona la materia prima del opio. Se les ofrecía ayuda por esos delincuentes para sembrar sobre todo la mariguana. Era fama que con ésta se obtenía una ganancia siete u ocho veces más alta que con el maíz o el frijol. Se les prometía la oportunidad de resolver el problema de irrigación de los campos (mediante un completo sistema de mangueras adecuadas), la compra anticipada de sus cosechas, y la defensa “contra los judiciales”. Ninguna ley defendía al campesino quien optaba, bien por obtener un desahogo económico, o ser objeto de un ataque personal. ¡Opción mortal!

Ellos (y todos los demás) deben ser protegidos –moral y físicamente-, ser amparados.

Difícil superar nuestro desamparo frente a los narcotraficantes –sobre todo si éstos son mantenidos impunes por intereses políticos-, pero igualmente frente a cualquier otro tipo de delitos. Al menos debemos proteger elementalmente a todos los involucrados en un proceso penal.

Así lo comprendí cuando volví a repetir el honor de estar al lado de otro llamativo Procurador (primero del Distrito Federal, y después de la República) Ignacio Morales Lechuga quien en 1989 siendo titular del Ministerio Público del Distrito Federal dictó el *Acuerdo A/014/89*, publicado en el Diario Oficial de 9 de marzo de ese año, y que en sus primeros *Considerandos* textualmente decía:

“Que el Ministerio Público, en tanto representante social, debe asumir responsabilidades y actitudes propias de sus funciones, y sin descargo de su obligación constitucional de perseguir eficazmente a los responsables de los delitos, así como adoptar criterios de protección a la ciudadanía, de orientación y asesoría a quienes la soliciten, con un trato humanitario y atento para quienes se vean involucrados en una averiguación previa;

“Que el propio Ministerio Público, en su carácter de representante social debe velar en todo momento por un régimen de estricta legalidad, y preservar las garantías individuales y los derechos humanos de los particulares: y

“Que la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal debe sumarse con prontitud y eficacia a los programas de justicia y seguridad pública que emprende el Gobierno de la República y las autoridades capitalinas entre los cuales resulta fundamental y prioritario el trato digno y humanitario a los que se vean involucrados en las actuaciones del Ministerio Público, por lo que, en tanto se promueven las medidas legales y administrativas pertinentes que tiendan al fortalecimiento de un derecho penal sustantivo y adjetivo más realista y eficaz, he tenido a bien dictar el siguiente ACUERDO:”

Destaco simplemente el segundo: “Las personas que se encuentren detenidas en los términos de Ley, por estar vinculadas con la investigación de algún hecho delictuoso, serán tratados con el mayor respeto y dignidad, y al efecto no serán trasladadas a separos o gale-ras sino sólo cuando las circunstancias personales o de peligrosidad así lo ameriten, a juicio del Ministerio Público. Se procurará asimismo que durante los traslados a los centros de detención preventiva para ponerlos a disposición del juez competente, ello se haga con dignidad y en condiciones humanitarias”.

SEGUNDO.- Pero todo lo anterior debe hacerse dentro de la Constitución votada por los propios mexicanos.

Tenemos sólidos *principios de legalidad* y de ubicación provechosa dentro de un sólido sistema constitucional. No cabe en nuestro sistema el *principio de oportunidad*. Cuando los requisitos constitucionales se dan en un caso concreto, y aparece una transgresión legal a nuestra normatividad, el Ministerio Público *debe* actuar, sin considerar supuestas *razones de Estado*, conveniencias u oportunidades.

Ceder a las razones, que se afirman son apremiantes, que *sienten* los miembros de la procuración de justicia, para actuar a veces y en otras no; para fabricar probanzas que, por su ineptitud, no puede agenciarse el Ministerio Público, es ir en contra de las excelencias y el espíritu de nuestro artículo 21 constitucional, del cual no sólo debemos estar orgullosos, sino convencernos de los efectos positivos que causa.

Si somos –por principio constitucional-, *legalistas*, no podemos actuar como *oportunistas*.

No es válido maquinar, en vez de *investigar y perseguir*. No es constitucional. Las conveniencias sociales no se conforman por el Ministerio Público, ni siquiera por el juez. La Sociedad, para tales

finés, cuenta con la facultad legislativa (que puede excitar el Ejecutivo) de la *amnistía* y el *indulto por gracia*. Sería falsa totalmente otra medida favorecedora de la *impunidad*.

TERCERO.- Podríamos intentar una reforma constitucional para dejar en manos del Ministerio Público una “*suavización*” total de los requisitos para perseguir a las personas por supuesta comisión de delitos –para *facilitar* los trabajos del Ministerio Público-, y ahora lanzar a unos delincuentes contra otros. Crear una *cultura de delatores*.

Esto me hace presentes mis propias palabras escritas en 1941 cuando recordaba el estado que guardaba Roma en sus años finales, y se creó la *acción popular* con la cual se pretendió superar a la *venganza divina*, a la *venganza privada*, y a la *venganza pública*, y explicaba: “La *acción popular* fracasa, pues como lo hace notar Manduca (*El procedimiento Penal y su desarrollo científico*):

“...cuando Roma se hizo la ciudad de infames delatores que, causando la ruina de íntegros ciudadanos, adquirían honores y riquezas; cuando el romano se adormeció en una indolencia egoísta y cesó de consagrarse a las acusaciones públicas, la sociedad tuvo de un medio para defenderse, y de aquí nace el procedimiento de oficio, que comprende el primer germen del Ministerio público en la antigua Roma, representando la más alta conciencia del derecho...”

Esto ocurría hace tantos siglos en Roma como tiene el Cristianismo de haberse aposentado en el mundo occidental. Se debe estar de acuerdo que todo ello deja una lección, que debe ser éticamente aprovechada.