

14  
24/320809



Universidad del Valle de México

Plantel Tlalpan  
Escuela de Derecho  
Estudios incorporados a la U.N.A.M.

La garantía de litis cerrada y la necesidad de acusación separada cuando en el proceso apareciere un delito distinto del que se persigue.

T E S I S  
Que para obtener el Título de  
Licenciado en Derecho  
p r e s e n t a  
José de Jesús Ixta Madrigal

Asesor: Lic. María Dolores Tavizón

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

México, D. F.

1989



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

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

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

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

## C A P I T U L O I

### HISTORIA DEL PROCEDIMIENTO PENAL. - ORIGEN Y EVOLUCION

#### GENERALIDADES:

- 1.- El procedimiento Griego
- 2.- El procedimiento Romano
- 3.- El procedimiento Germano
- 4.- El procedimiento Canónico
- 5.- El procedimiento Francés
- 6.- El procedimiento Italiano
- 7.- El procedimiento Español
- 8.- El procedimiento Alemán
- 9.- El procedimiento en la Revolución Francesa
- 10.- El procedimiento en América

## C A P I T U L O II

### DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO PENAL EN MEXICO

- 1.- El procedimiento penal en el Derecho Prehispánico
- 2.- Derecho Anteca
- 3.- Derecho Maya
- 4.- El procedimiento penal durante la Epoca Colonial
- 5.- Los Tribunales durante la Epoca Colonial
- 6.- El procedimiento penal al proclamarse la Independencia y Evolución del mismo hasta la Constitución de 1917

## C A P I T U L O III

### EL AUTO DE FORMAL PRISION

- 1.- Naturaleza del auto de Formal Prisión
- 2.- Conceptos varios
- 3.- Clasificación del auto de Formal Prisión
- 4.- El proceder en el auto de Formal Prisión por La Autoridad

C A P I T U L O        I V

MODALIDADES DEL AUTO DE FORMAL PRISION

- 1.- El delito señalado en el Auto de Formal Prisión
- 2.- La clasificación de Delito
- 3.- Variación del Delito en el Auto de Formal Prisión
- 4.- El Delito distinto del que se persigue

C A P I T U L O        V

CONSECUENCIAS DE LA VIOLACION AL AUTO DE FORMAL PRISION

- 1.- El punto de vista Realista y el punto de vista Idealista respecto a la acumulación.
- 2.- Delitos sexuales, rapto y estupro.
- 3.- Acumulación y tesis relacionadas con la misma.
- 4.- Incesto y violación.

## P R O L O G O

Me impulsó a escribir este trabajo no sólo la necesidad de --- cumplir con el requisito indispensable de elaborarlo para --- obtener el título de Licenciado en Derecho ; también motivó - su elaboración lo interesante del tema que pone de manifiesto una de las realidades contemporáneas, jurídico procesal penal, y tal vez, con una idea ambiciosa, el pensamiento de que tratar y exponer lo que en él se contiene, pudiese ser de utilidad para algunas personas relacionadas con la materia procesal-penal.

Esta investigación en sus primeros dos Capítulos trata el aspecto Histórico Procesal de la materia que nos ocupa, primeramente antecedentes en varias ciudades y países que el capítulo de forma concreta y precisa nos señala, siendo el segundo - un acontecimiento amplio y vasto del desarrollo en nuestro -- país, el Capítulo Tercero nos ocupa de definiciones aplicables al tema en forma concreta, un Cuarto Capítulo práctico que maneja el fondo de este problema jurídico, y que apoyado en -- conceptos, en los mismos Códigos y Jurisprudencia a fin de -- tener un conocimiento claro para disipar muchas de las dudas - que puedan presentarse. (Capítulo V).

El contenido de este trabajo, ya desde el punto de vista práctico plantea una situación de gran importancia en la vida --- jurídica procesal pues constituye el medio procesal que determina la situación jurídica la mayoría de veces en perjuicio -- del procesado. Y a esto agrego mis puntos de vista relacionados al mismo, junto con el apoyo de investigación en --- materia jurisprudencial que establece en forma expresa la --- manera en que se deberá de proceder en estas situaciones --- jurídicas. Con todo este material de investigación no -- ataco de manera tajante, agresiva, etc., el proceder de nuestros honorables juegades, sino con esta aportación busco el -

*mejoramiento del mismo.*

*Someramente relato en este prólogo el enfoque y toma de estudio a tratar y del contenido de este estudio se deduzca mediante la aportación de alguna o algunas ideas útiles para quienes -- observan, critican y les gusta acerca del derecho, así como -- para quienes en la cátedra o en el ejercicio profesional manejen el tema relativo a la improcedencia de acumulación de delitos que se llegaren a presentar durante la secuela del proceso.*

*Manifiesto mi agradecimiento al Seminario de Tesis y a su Titular, así como a mi Conductor y Dictaminador, por la oportunidad que me dieron en brindarme su apoyo para la realización y elaboración de este trabajo.*

## C A P I T U L O I

### HISTORIA DEL PROCEDIMIENTO PENAL.-ORIGEN Y EVOLUCION

#### GENERALIDADES:

- 1.- El procedimiento Griego
- 2.- El procedimiento Romano
- 3.- El procedimiento Germano
- 4.- El procedimiento Canónico
- 5.- El procedimiento Francés
- 6.- El procedimiento Italiano
- 7.- El procedimiento Español
- 8.- El procedimiento Alemán
- 9.- El procedimiento en la Revolución Francesa
- 10.- El procedimiento en América

## HISTORIA DEL PROCEDIMIENTO PENAL.-ORIGEN Y EVOLUCION

Primeramente haremos un breve examen en los antecedentes del procedimiento penal en el ámbito general, esto, con el propósito de precisar con mayor acierto la época en que aparecieron los primeros antecedentes de todo el procedimiento penal.

El procedimiento penal es un producto social, de cuya gestación y desarrollo nos dan noticia, las diversas etapas que son materias de su desenvolvimiento histórico.

En todo procedimiento penal, cuando se llevaba a cabo un acto lesivo a los intereses particulares o del grupo, el ofendido o sus familiares "cobraban en la misma moneda" la ofensa recibida, y muchas veces en forma más estricta. Para ello, se organizaban de acuerdo con la reacción defensiva natural en todo hombre, y aunque no existía poder estatal regulador de los atentados, dicha etapa sirva de antecedente remoto a lo que más tarde se convierte en el Derecho Procesal Penal, ya que en la teocracia, los sacrificios suplicatorios según el criterio de algunos autores, siguen teniendo el carácter de venganza, independientemente que éste sea para desagraviar a la divinidad ofendida, de tal manera que las formas y los actos celebrados en ese orden, no pueden considerarse como un verdadero procedimiento en el sentido jurídico de la palabra o expresión.

Colín Sánchez (1) nos señala que en la fórmula del talión y en la composición se advierte un límite. Asimismo, los tipos puros o casi puros que en la realidad se han dado tienden a concentrarse para arrojar una fórmula que constituye, un sistema de equilibrio donde cobran armonía los derechos de la sociedad y las garantías de que es preciso rodear al inculgado, así las cosas, toma elementos de los regímenes

-----  
(1) Colín Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México -- 1977, Págs. 17 y 18

*inquisitivo y acusatorio. De hecho surge una gran partición en el cuerpo del procedimiento total. En un primer plano instructor o de sumario, se reciben ciertos elementos fundamentales de la inquisición, como son la escritura y el secreto en un segundo plano, de juzgamiento o plenario, halla cabida cierta nota característica de la acusación, como son la oralidad y la publicidad. Con todo ambos planos suelen estar dominados por los principios de contradicción y de libre defensa.*

*Hay quienes piensan que el sistema mixto importante señalado - lo encontramos cuando aparece la figura del Ministerio Público y desplaza al acusador particular o popular. De ser así, - según estipula Piña y Palacios (2) "El sistema mixto no sería pues, simple combinación de los otros dos, sino gozaría de -- original sustancia; la nota propia y diferencial, en la especie, consistiría en que la acusación se halla reservada al -- órgano del estado denominado Ministerio Público actualmente. - (3) Tenemos que contra esta parecer Alcalá Zamora expresa -- "Que si bien es cierto que el Ministerio Público es la institución más peculiar y acaso la más interesante también del proceso penal de tipo mixto, ello no significa que sea consustancial ni tampoco exclusiva de dicho orden del enjuiciamiento".*

*Otras notas de Alcalá Zamora para caracterizar el régimen mixto son la concurrencia de los Magistrados y Jueces Populares - en la antigüedad procesal y cómo suele suceder actualmente.*

*En un triple sentido se singulariza, según el sistema la figura del juzgador, a más de la reseñada confusión con el acusador o autonomía frente a este. Bajo el manto del régimen -- acusatorio son restringidas las facultades del Juez en la -- dirección procesal de la contienda, sujeta al gobierno. ---*

(2) Piña y Palacios, citado por Alcalá Zamora.-Comentarios de Derecho Procesal Penal.-pág. 17

(3) Alcalá Zamora.-Comentarios de Derecho Procesal Penal.-Tercera Edición.-Editorial Porrúa.-México 1973.-págs.12 y 13

En el marco inquisitivo los poderes de actuación del Juez son muy amplios, recordemos a la cabeza de todos, la facultad misma de inicio ex mero officio judicial o per modum inquisitionis -- proceditur. (Inicio de Procedimiento Judicial o Procedimiento Inquisitivo).

Desprendemos de lo anterior: que los diferentes aspectos procesales históricos generales nos llevan de la mano al entendimiento de los distintos tipos de enjuiciamientos apareciendo en cada uno de ellos criterios distintivos, pero todos ellos arraigan los antecedentes y que en cada uno de los países o ciudades se citarán en forma concreta y precisa.

#### PROCEDIMIENTO GRIEGO

El origen del procedimiento Penal se remota a las viejas costumbres y formas observadas por los atenienses, en Derecho Griego en donde el rey, el consejo de ancianos y la asamblea del pueblo, en ciertos casos, llevaban a cabo juicios orales de carácter público para sancionar a quienes ejecutaban actos tentativos en contra de ciertos usos o costumbres. Para esos fines, el ofendido o cualquier ciudadano presentaba y sostenía la acusación ante el arconte, el cual, cuando no se trataba de delitos privados, convocaba al Tribunal del Aréopago, al de los Ephetas y al de los Helenistas.

El acusado se defendía por el mismo, aunque en ciertas ocasiones le auxiliaban algunas personas; por ejemplo: en un homicidio, los cómplices tenían la misma pena que el autor, no se castigaba la muerte cometida en defensa propia; así una vez en el procedimiento cada parte presentaba sus pruebas, formulaba sus alegatos y el Tribunal dictaba Sentencia ante los ojos del pueblo.

### PROCEDIMIENTO ROMANO

Los Romanos fueron adoptando paulatinamente las instituciones - del Derecho Griego y con el transcurso del tiempo las transformaron otorgándoles características muy particulares que, más tarde servirían a manera de molde clásico para cimentar el moderno Derecho Procesal Penal.

Varias fueron las etapas por las que cursó el Procedimiento -- Penal Romano. Para exponerlas, así como para trazar la parte fundamental del cuadro histórico al respecto aporta Vicenzo -- Mansini, que estudia sistemáticamente y en forma amplia estos -- aspectos; al referirse al proceso en el Derecho Romano, proporciona datos muy completos sobre el mismo; inicialmente el Procedimiento Penal Romano fué privado. Aquí el Juegador actuaba como árbitro y estaba a lo que las partes alegaran. Se observó un formulismo acentuado que, a su vez, en parte constituía -- un símbolo, como ya dijimos las funciones recaían en un representante del Estado, cuya facultad consistía en resolver el -- conflicto. (4)

De este proceso se evolucionó hacia el régimen público, más -- consecuente con la naturaleza del Derecho Represivo. De él -- quedaron huellas, sin embargo, en la persecución de algunos -- delitos, particularmente el de injurias.

En los asuntos criminales, en la etapa correspondiente a las -- legis acciones, la actividad del Estado se manifestaba, tanto -- en el Proceso Penal Público, como en Privado. En el primero, el Estado era una especie de árbitro como ya se señaló anteriormente. (5).

-----

(4) Colln Sánchez, ob. cit. pag. 17

(5) Alcalá Zamora.-Comentarios de Derecho Procesal Penal.-

Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 1973. Pág. 47 y 51

Este tipo de proceso cayó en descrédito, por lo cual fué --- adoptado el Proceso Penal Público, llamado así por que el --- Estado sólo intervenía en aquellos delitos que amenazaban el orden y la integridad política.

En esta época se precisa distinguir entre la *cognitio*, bajo la cual fueron amplios los poderes del Magistrado, y la *accusatio* que entregó a los ciudadanos la facultad de acusar y -- reprimió severamente, según lo previsto en el *senadoconsulto trupiliano*, a los tergiversadores, o sea, a quienes abandonan la acusación intentada sin abolitio de la autoridad competente. En el Imperio aparecen las funciones de pesquisa a cargo de figuras tales como los *curiosi*, *nunciatores* y *stationarii* se avanzó hacia el Procedimiento Inquisitivo explicado -- de una manera general en los antecedentes históricos generales del procedimiento penal; en donde el magistrado reunió en sus manos las funciones acusadora y jurisdiccional.

Durante la monarquía (sistema gubernamental de los más antiguos que se conocen), los reyes administraban justicia; Leo - Bloch refiere que, "al cometerse un delito de cierta gravedad los *quaestores parricidi* conocían los hechos, y los *duovirii perduellionis* de los casos de alta traición, pero la decisión generalmente, la pronunciaba el monarca". (6)

Con frecuencia el senado intervenía en la dirección de los -- procesos y si el hecho era de lesa majestad, obediendo la -- decisión popular, encargaban a los *Cónsules* las investigaciones, más tarde en esta misma etapa se cayó en el procedimiento inquisitivo, iniciándose el uso del tormento que se aplicaba al acusado y aún a los testigos; juzgaban los *pretores*, -- *proconsules*, los *prefectos* y algunos otros funcionarios.

(6) Leo Bloch-Citado por Alcalá Zamora.-Comentarios de Derecho Procesal Penal.-Págs. 15 y 19

El Estado, a través de órganos determinados y atendiendo al -- tipo de infracción aplicable imponía penas corporales o multas patentizando así la ejemplaridad.

El Proceso Penal Público revestía dos formas fundamentales, -- a cognitio y la accusatio señalada también anteriormente pero aunado a estas la cognitio considerada como la forma más -- antigua, pues solamente se daba ingerencia después de pronun-- ciado el fallo para solicitar el pueblo se anulara la senten-- cia.

Si la petición era aceptada, había que someterse a un procedi-- miento (inquisitio), en el cual se desahogaban algunas diligen-- cias para dictar una nueva decisión. (?)

En la accusatio que surgió en el último siglo de la República -- y evolucionó las formas anteriores; durante su vigencia la ave-- riguación y el ejercicio de la acción se encomendó a un acusa-- tor representante de la sociedad, cuyas funciones no eran, -- propiamente oficiales, la declaración del derecho era competen-- cia de los comicios de las cuestiones y de un Magistrado.

Con el transcurso del tiempo, las facultades conferidas al acu-- sador fueron invadidas por las autoridades mencionadas; sin -- previa acusación formal investigaban, instrúan la causa y dio-- taban sentencia.

En el principio de la Epoca Imperial el Senado y los Emperado-- res administraban la justicia; además de los Tribunales Pena-- les correspondía a los Cónsules la información preliminar la -- dirección de los debates judiciales y la ejecución del fallo.

Bajo el Imperio el sistema acusatorio no se adaptó a las nue--

vas formas políticas y como la acusación privada se llegó a abandonar por los interesados, se estableció el proceso extraordinario para que los Magistrados, al fallar la acusación privada, obligatoriamente lo lleven a cabo.

De lo apuntado podemos concluir: Que en el Procedimiento Penal Romano los actos de acusación, defensa y decisión se encomendaban a las personas distintas siendo pues ésta una característica esencial y que comenzaba a distinguir los cargos en pro y en contra del acusado teniendo esto como consecuencia el antecedente directo de los órganos de representación y decisión como ya se señaló implicando un principio de publicidad, la prueba ocupó un lugar secundario y la Sentencia se pronunciaba verbalmente, conforme a la conciencia del Juez. Todo ello nos lleva a señalar que desde el antecedente Romano existían imperfecciones del procedimiento que en ocasiones perjudicaban la situación jurídica del acusado al no establecer en forma concreta su culpabilidad y dejando a la prueba en término secundario.

#### PROCEDIMIENTO GERMANO

Entre los Germanos hubo frecuente autodefensa, recuerda Alcalá Zamora: "El proceso, que era público, oral contradictorio y sumamente ritualista, tanta por objeto obtener la composición para evitar la venganza de la sangre. La jurisdicción radicaba en la asamblea de los hombres libres presidido por el Juez Director de Debates. La proposición del fallo recaía en el Juez permanentemente, o en los jurisperitos". (8)

Citado el demandado y formulada ante el Tribunal la demanda, si aquel se allanaba, sobrevienta sentencia; si no, mediante resolución probatoria se condenaba y se absolvía provisionalmente, determinándose quién debía probar. La prueba se refería al derecho, no a los hechos.

-----  
(8) Alcalá Zamora.-Ob. cit. pag. 33

Aquel se acreditaba mediante juramento propio y de los conjuradores, o a través de las ordalias. La inconformidad con el proyecto de sentencia se dirimía en duelo. Por último, - la ejecución no era procesal, sino extraprocesal, que el condenado prometía solemnemente mediante fides facta so pena de pérdida de la paz.

De lo apuntado podemos comentar: Que la situación de derecho del acusado era inmediata como ya se señaló, a través del Juez o Jurisperitos quienes daban su fallo en la aboulación o condena del acusado, procedimiento que se encontraba perfeccionado en su etapa de decisión y que permitía al auto defensa manifestar sus posiciones frente al que lo acusaba. - Se desprende de esto que a través de la historia procedimental penal este procedimiento se perfeccionaba cada vez más a fin de evitar que se le privara al acusado ya sea de su libertad o de cualquier otro que rigiera en dichos momentos.

#### PROCEDIMIENTO CANONICO

El Proceso Penal Canónico, substituye al Proceso Penal Antiguo, distinguiéndose entre el procedimiento empleado por el Tribunal del Santo Oficio y el que propiamente constituye el sistema laico de enjuiciamiento inquisitorio. El Decreto del Papa Lucio III reglamentó el funcionamiento, llevando al Concilio de Verona, facultaba a los Obispos para que en sus diócesis enviaran comisarios a que hiciesen pesquisas y entregasen a los herejes el castigo seglar. Dichos comisarios fueron los primeros inquisidores episcopales. Más tarde, en el Concilio de Tolosa, el Papa Inocencio II reglamentó el funcionamiento de la Inquisición Episcopal, compuesta de un eclesiástico designado por los Obispos y dos personas laicas que se encargaban de buscar y denunciar a los herejes. La función de los inquisidores consistía en interrogar a los acusa-

dos, en oír las declaraciones de los testigos y en inquirir, por cuantos medios tuviesen a su alcance, sobre la conducta de las personas que eran señaladas de herejía. (9) Se admitían testigos que podían ser tachados conforme a las reglas del derecho común; prohibía la asistencia de Abogados Defensores en el Sumario y se empleaba el tormento en el Plenario -- para arrancar las confesiones. Inocencio IV recomendaba a -- los inquisidores que en la aplicación del tormento fuesen clementes con aquellos que demostrasen su arrepentimiento por -- abjuración o auto de fe.

A los Clérigos herejes y a los Laicos relapsos se les imponía el suplicio del fuego y se les confiscaban sus bienes, sin -- embargo, la inquisición creada en el Siglo XIII, que algunos hacen remontar a la época de Constantino, como institución -- eclesiástica de defensa contra los herejes albigenses y maniqueo, no deben confundirse con la inquisición Española del -- Siglo VI, que fué una institución de carácter real permanente y creada con la finalidad de hacer reinar al dominio de la -- fe en las posesiones de los Reyes Católicos. (10)

El Proceso Penal Canónico de tipo inquisitorio se distingue -- por el empleo del secreto y la escritura y por la adopción -- del sistema de las pruebas tasadas.

Formando parte del Tribunal de la Inquisición, existía el -- promotor fiscal considerado como el antecedente del Ministerio Público. En el Proceso Penal Canónico el Juen disfrutaba de amplios poderes para buscar por sí los elementos ----

(9) Sergio García Ramírez. Derecho Procesal Penal. - Tercera Edición. - Editorial Porrúa. - México 1980, Págs. 91 y 92

(10) Idem pág. 95

de convicción y está facultado para hacer uso de los procedimientos que mejor le parezcan inclusive al tormento, los azotes y las marcas. Es el árbitro supremo de los destinos del inculcado, a quien se priva de todo derecho y se le veda el conocimiento de los cargos que existen en su contra. Este sistema hermético en la etapa del sumario, complementado por la confesión por cargos, en que el Juez interpretaba a su modo las contestaciones dadas por el inculcado en su interrogatorio, lo investía de su poder discrecional y absoluto, aunque se pretendía dulcificarlo en la fase del plenario, reconociendo ciertos derechos de defensa al inculcado: En realidad, el Juez disponía de un ilimitado poder para formar su convicción y era la confesión la prueba por excelencia.

En ese mismo proceso el Tribunal desempeñaba las tres funciones que en el antiguo se encuentran diferenciadas. Tenía a su cargo la acusación, la defensa y la decisión. Sin embargo, se sostiene que en el Proceso Penal Canónico existía -- el antecedente del Ministerio Público en la persona del Fiscal. En efecto en el Tribunal del Santo Oficio, figuraba -- este funcionario, así como existía el Defensor, pero ambos -- formaban parte integrante del Tribunal y no eran independientes.

En el Concilio de Verona el Papa Lucio III dispuso que todo Obispo hiciese visita a lo menos una vez al año, por sí o -- por medio de su arcediano, en las comarcas en que se presumiera haber herejes y obligarse bajo juramento, de tres o -- cuatro hombres probos, a dar los nombres de los diversos -- herejes y de todos los que hubiesen tenido reuniones ocultas o separasen del consorcio con los demás fieles, para que de este modo pudiera llamarlos ante sí y examinarlos al -- Obispo o el arcediano en su nombre. Los Tribunales de la -- Inquisición estaban formados por el inquisidor general que -- desempeñaban los designatarios eclesiásticos más distinguidos.

El inquisidor general era, a la vez, el Presidente del Consejo de la Suprema Inquisición. En las provincias existían -- los Inquisidores Provinciales, un Tribunal Provincial en cada una de las provincias de España y tres en América, compuesta de Jueces Apostólicos, que debían ser expertos en derecho y -- de limpia conducta y de posibilidad. En México y en el -- Perú existían, al lado de los Tribunales Provinciales, dos -- oidores y demás, los miembros del Tribunal del Santo Oficio -- eran asistidos por calificadores teólogos en virtud y letras.

Los medios empleados para la iniciación de procedimiento consistían en acusación, delación y pesquisa. En la acusación se obligaba al delator a probar lo que afirmaba, quedando sujeto a la pena del talión en caso de no aportar pruebas, y era el Procurador del Santo Oficio o Promotor Fiscal a quien correspondía formular la acusación. (11)

La Pesquisa era el medio más frecuente empleado. Se clasificaba en pesquisa general y pesquisa especial. La primera se empleaba para el descubrimiento de herejes y periódicamente se mandaba a hacer por los inquisidores por un obispado o en una provincia, en acatamiento a los acuerdos tomados en el Concilio de Toledo; en todas las parroquias, se nombrarían dos sacerdotes con dos o tres seculares, que después de juramentarse harán continuas y rigurosas pesquisas en todas las casas, aposentos, -- soberados y sótanos, etc., para cerciorarse de que no hay en ellos herejes escondidos. La pesquisa especial se hacía, por fama pública, llegaba al conocimiento del inquisidor que -- determinada persona ejecutaba actos o tenía expresiones contrarias a la fe acreditada la mala fama del acusado por medio de -- declaración de testigos, se procedía en su contra.

Al acusado se le recibían sucesivamente tres declaraciones -- ordinarias desde su ingreso a la prisión, y en todas -- ellas se le exhortaba a que dijera la verdad, advertían--

(11) Sergio Garza Ramirez.-Ob. cit. pág.101

dola que en cuanto mejor es la confesión, tanto más suave --  
 es la penitencia. En seguida, el Fiscal formulaba su acusa-  
 ción en términos concretos y el acusado debía responder ver-  
 balmente a cada uno de los Capítulos Acusatorios después de  
 haberse enterado de los cargos existentes. El Promotor --  
 Fiscal, podía formular nuevas preguntas para que las contes-  
 tara el inculcado; se recibían las pruebas sin que el incul-  
 cado supiese los nombres de las personas que habían declara-  
 do en su contra, pues sólo se le permitía el conocimiento --  
 de los cargos y se le vedaba saber su procedencia. Sólo --  
 se le autorizaba para oírse con los testigos por medio --  
 de una celosía y antes del pronunciamiento de la sentencia -  
 podía el Tribunal emplear el tormento. Dictado el fallo se  
 enviaba al Consejo Supremo de la Inquisición para que lo --  
 confirmara o modificara. (12)

Partinente es comentar: Que durante todo el Periodo Penal -  
 Canónico, como la acusación, delación y las propias pesqui-  
 sas que se encontraban comprendidas durante éste, recaían -  
 en el acusado de una manera arbitraria pues éste, una vez --  
 llegado el juicio reconocía muchos de los hechos que se le -  
 imputaban aunque este no los hubiera realizado pero a través  
 de los tormentos lo obligaban a reconocer.

El Proceso Penal Moderno que hace renacer las magnificencias  
 del Proceso Penal Antiguo, después de haberlas depurado y --  
 adaptado a las transformaciones del derecho, se inspira en --  
 ideas democráticas que substituyen el viejo concepto del --  
 Derecho a fin de vencer los inconvenientes que perjudican a -  
 este para llevarlo a la más pura finalidad de justicia ----  
 posible.

-----  
 (12) Sergio García Ramírez.- ob. cit. pag. 107

PROCEDIMIENTO FRANCES

Se implantó en Francia en 1532, en la Ordenanza de Luis XIV. Sus características son las siguientes : Durante el procedimiento sumario se observan las formas del sistema inquisitivo, (secreto y escritura), para el planario, la publicidad -- y la oralidad, para valorar las pruebas, el Juez goza de libertad absoluta; salvo casos excepcionales en lo que regta -- el sistema legal o tasado.

El Proceso Penal Común, al decir de Juan José González Bustamante, (13), es "Fruto de las investigaciones de Los juristas de Bolonia y se implanta en Alemania, en la Constitución Criminal Carolina en 1532, y en Francia en la célebre Ordenanza Criminal de Luis XIV; el año de 1670. Los Jueces -- disfrutaban del arbitrio judicial como justicias del monarca. Existía una completa separación entre las funciones instructoras y las que corresponden al periodo del juicio. El Juez que instruye no es el mismo que falla. En la Ordenanza Carolina, así llamada por haberla decretado el Rey Carlos I de España y V de Alemania, se desconoció a la confesión el absoluto valor probatorio que tenía en el Proceso Penal Canónico, se necesitaba que fuera acompañada de otros medios de -- prueba. Nuevamente en Francia, el Juez Instructor era el -- árbitro de los destinos del acusado, y al dirigir y dar forma al proceso, al disfrutar de ilimitado arbitrio judicial -- establecía los fundamentos sobre los cuales se levantó todo el procedimiento, sentenciando al acusado en secreto, sin -- oírlo en defensa, sin hacerle saber el nombre de su acusador, empleando la pesquisa y el tormento como secundo sistema de intimidación.

-----  
 (13) González Bustamante Juan José.-Principios de Derecho --  
 Procesal Penal Mexicano, Sexta Edición, Editorial --  
 Porrúa.-México 1975, págs. 13 y 14

PROCEDIMIENTO ITALIANO

Por lo que respecta al Proceso Italiano intermedio, Farinaccio enseñaba que las causas podían ser civiles, cuando la suma resultante de la pena pecuniaria beneficiaba a la parte; criminal, cuando se entregaba al fisco o se trataba de pena corporal aflictiva, en pública vindicta, o mixtas, cuando lo recaudado se destinaba en parte al fisco y en parte al particular.

(14). Ahora bien, Ullman recuerda que la ausencia que el -- perseguidor "Formal que en la Edad Media por sólo transitoria; pronto el Estado cubrió la vacante dado que el castigo se inflingía en beneficio del fisco, es decir del mismo Estado. -- Por esa razón, escribió Beccaria: "Hubo un tiempo en que casi todas las penas fueron pecuniarias. Los delitos eran entonces el patrimonio del príncipe, los atentados contra la seguridad pública eran objeto de lucro, de modo que quien estaba -- destinado a defenderla tenía interés en que se le ofendiera. Por consiguiente, el objeto de las penas era un pleito entre -- el fisco (exactor de las penas en cuestión) y en reo, en un -- asunto civil, contencioso, privado más bien que público, que -- daba al fisco más derechos que los exigidos por la defensa -- pública". (15)

No obstante la anterior clasificación, la causa se consideraba criminal totalmente cuando se actuaba contra bandidos, cuando la pena sería principalmente en favor del fisco y cuando con el interés del particular, dice Manzini "Concurría el de la -- vindicta pública, en caso de que el interés de la parte constituyese algo separado, no necesariamente concurrente con el -- interés del fisco, se planteaban dos causas diversas; Civil y Penal". (16)

Al procedimiento acusatorio del Régimen Italiano Intermedio -

(14) *idem.* obra cit. pag. 18

(15) Colón Sánchez Guillermo. --Ob. cit. pág. 111

(16) *idem.* ob. cit. pág. 119

que comensaba con la acusación escrita, a la que sucedían la -  
citación y la contestación de la litis, siguió al inquisitivo.

Acaso no fueron plausibles los resultados del acusatorio, ya -  
que de él se dijo en el Artículo 24, Párrafo III, de la Consti-  
tución Criminal Terrestre: "Puesto que la experiencia ha se-  
ñalado que tales acusaciones privadas tienen su origen por lo  
común en el deseo de venganza, en la ira, en el arrebató de --  
oblera o en maliciosas informaciones, y que con astuto invento  
se prolongan temerariamente en grave perjuicio del acusado; o  
que por el contrario, aún siendo verdadera la acusación, se -  
involucra solapadamente muchas veces con secretas intelligen-  
cias en favor del actor el verdadero estado de la causa, o se  
suele; por el contrario, bajo diversos y rebuscados pretextos  
destatír de la iniciada acusación y, por lo tanto, no se puede  
esperar en general un saludable efecto de esta especie de --  
voluntaria acusación, sino más bien desorden y moratorias, --  
quedan por todo ello enteramente abolido por tal voluntario --  
proceso de acusación por los mencionados y por otros destaca-  
dos motivos y dificultades". (17)

A pesar de su carácter extraordinario, el inquisitivo resultó  
ordinario en la práctica del proceso italiano intermedio; ---  
su calidad extraordinaria se advierte notado que, como apunta-  
ba el jurista Marcittis, "si antes de la sentencia sobreviene  
la acusación, cesa entonces la inquisición. Más si el -  
acusador no quiere proseguir la acusación, anotó Isernia, debe  
el juez continuarla de oficio y castigar al acusador. Dijo  
Aretinus: "La inquisición favorece más que la acusación, la  
represión de los delitos, y por eso lo estatuido en favor de -  
la inquisición no se extiende a la acusación". (18)

Bajo la forma sumaria o dentro del procedimiento por decreto, -  
no era siquiera necesario, para que se pronunciase condena, --  
que el reo fuese interrogado y se defendiera.

(17) González Bustamante.-Obra cit. pág. 23

(18) citado por Colln Sánchez.-Ob. cit. pág. 120  
(Marcittis)

En el siglo XVI se consolidó el Proceso Venato. Venecia fue refractaria a la influencia de los procesos Romano y Bárbaro. En ella surgió la importante figura de los patrocinadores de común, auténticos actores oficiales, que promovían la causa -- ante los pregados y la cuarenta criminal.

### PROCEDIMIENTO ESPAÑOL

En el antiguo Derecho Español, el Procedimiento Penal, no alcanzó un carácter propiamente institucional, sin embargo, en algunos Ordenamientos Jurídicos (Fuero Juzgo), se dictaron -- disposiciones de tipo procesal muy importantes.

El título primero del libro sexto, se ocupó de la acusación -- establece los requisitos y forma de hacerla; las garantías -- del acusado frente al acusador y al Juez; y de la necesidad -- de la prueba por parte del acusador y sobre la confesión del reo; de los casos en que procede el tormento y del juramento purgatorio del reo cuando no esté probada la acusación ni su inocencia. Alcalá Zamora (19) "entre otras cuestiones, el -- tormento, la acusación, el asilo eclesiástico y ciertas res-- tricciones a los abusos de la potestad señorial así reglamen-- tó el fuero Junco".

En el Fuero viejo de Castilla se contemplaron algunas normas procesales en el libro II. Preceptos sobre las tareas judi-- ciales de policía y vigilancia y en torno a los pesquisidores contuvo el Espéculo, que así definió a los segundos: Aquellos que son puestos para escudriñar la verdad de las cosas fechas enobiertamente, a saber : Muchos delitos graves, bajo el -- régimen del fuero real, ciertas circunstancias causan creap-- ción al principio de que todo hombre puede acusar.

-----  
(19) Alcalá Zamora.-Ob. cit. pág. 17

En caso de delito manifiesto el alcalde procede de oficio; -- así mismo el rey puede ordenar la práctica de pesquisas tanto de oficio como a petición del querellante. Se reglamentan los desafíos y retos. Losano (20) define al desafío como -- "La provocación o citación a duelo", y el reto como "la acusación de alevoso que un hidalgo hacía al otro delante del rey, obligándose a mantenerlo en el campo".

La materia está precedida por el título primero de la partida séptima, donde la competencia se determina por el lugar de -- comisión y subsidiariamente por los de aprehensión morada o -- asiento principal de los bienes. Normalmente se inicia el proceso mediante acusación escrita y directa, pero también -- hay denuncia y pesquisa ordenada de oficio por el rey o por -- los jueces. Se reglamenta la legitimación para acusar. -- La acusación debe ser llevada por un sólo acusador; en ocasiones ha de sostenerse imperativamente; en otras cabe el desistimiento. Se permite la avenencia. Si la prueba es -- insuficiente y hay buena fama del inculcado, sobreviene la -- absolución; si hay mala fama y algunas presunciones adversas, se aplica tormento. También las Partidas hablaron de retos y desafíos.

En las Ordenanzas Reales de Castilla, se instituyen veedores y visitantes, con atribuciones de inspección sobre los órganos encargados de administrar justicia. Se ordena la pesquisa contra divinos, sorteros y agoreros.

En el título quinto, se alude a la acusación popular contra -- el homicida y se destaca en forma importantísima la influencia concedida a los obispos sobre los jueces, así como también el asilo eclesiástico. (21)

(20) Losano. -- Historia del Procedimiento Penal. -- Edit. Porrúa pág. 24 y 25  
 (21) *idem* *ob. cit.* pág. 29

En el libro séptimo, título sexto, se consagran Garantías a --  
 La libertad individual disponiendo, bajo ciertas penas, que --  
 el malechor preso no pueda ser detenido en caso del que pren--  
 dió mas que un día o una noche, debiendo ser entregado después  
 al Juez.

Comentario : Es notable el esfuerzo de estas Leyes para otor--  
 gar Garantías al individuo y entre otros aspectos, se dispuso  
 que "Las justicias no se hicieran ocultamente sino paladina--  
 mente, entre todos buscando en la publicidad acaso una Garan--  
 tía y de cierto el ejemplo; asimismo, "que nadie sea echado --  
 de los suyos por fuerza y sin sentencia del Juez".

Aunque en las Partidas aparecen un conjunto mayor de disposi--  
 ciones para regular el Proceso Penal, éstas no acusan al ade--  
 lanto del Fuero Junco.

En la Ley II se indica quien pueda acusar y a quien, y en las  
 Leyes VII, VIII, IX, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XXV, XXVI, XVIII  
 y XXIX, se reglamentan diversos tipos de aspectos del procedi--  
 miento entre otros: el de los errores por los que pueden ser -  
 acusados los menores de edad; el hecho de que aquel que es --  
 abuelto, una vez, por juicio acabado del error que hizo no lo  
 pueden acusar nuevamente; el deber del Juez de escoger a un --  
 sólo acusador cuando muchos quisieran acusar a alguien de --  
 algún delito; la obligación de presentar por escrito la acusa--  
 ción, conteniendo :

El nombre del acusador y del acusado  
 El nombre del Juez ante quien se hace

El nombre del delito

El lugar, el mes y el año

El deber del Juegador de recibir la acusación tomando  
 al acusador "La jura de que no se mueve maliciosamen--  
 te".

Y "emplazar al acusado dándole traslado de la demanda"  
 señalándose un plazo de veinte días para que responda  
 la obligación del Juez de examinar las pruebas, con -  
 gran cuidado; si estas no atestiguan claramente el --  
 hecho y si el acusado es hombre de buena fama, debe -  
 ser abuelto; en caso contrario; si de las pruebas -

no desprendía algún indicio, el Juez podía hacerlo atormentar para conocer la verdad. (22)

En el título décimo quinto se dice que pueden demandar "Enmienda del daño" : El dueño de la cosa y su heredero debiendo formular ante el Juez de lugar la petición correspondiente, previendo además que, si el acusado niega el daño y se lo prueba debe pagar el doble. (23)

Los títulos : XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII, XXVI, - y XXVIII, se refieren a las personas que en concreto pueden hacer la acusación tratándose de los diversos delitos que en las mismas se mencionan.

La nueva y la novísima recopilaciones, abundan en normas sobre el enjuiciamiento criminal. De la novísima recopilación donde la materia se concreta principalmente, en el libro -- décimo segundo, Alcalá Zamora, destaca : "Los preceptos en -- especial de la época de Carlos III sobre persecución, utilización y corrección de vagos y gitanos con los que se plantea -- un procedimiento de peligrosidad". (24)

La forma en que deben ser detenidos los acusados está prevista en el Título XXIX y desde entonces, se indicó que si -- aquellos huyan del lugar donde los habían acusado, el Juez -- debería observar ciertos linamientos para que le fueran -- remitidos los delincuentes, siendo obligatorio para los jueces hacerlo mediante carta dirigida al Juez requerido, quien aún en contra de su voluntad accedería a ello.

-----

(22) Alcalá Zamora.-Ob. cit. pág. 19

(23) Idem. ob. cit. pág. 23

(24) Idem. ob. cit. pág. 27

El tormento fué instituido en general con excepci6n de los --  
maneros de catorce años los "caballeros", los "maestros de --  
las leyes y otro saber", los consejeros del rey y otros per--  
sonajes.

De lo apuntado podemos comentar: Que el procedimiento Proca--  
sal Penal Espa6ol, estableci6 normas de car6cter coercible --  
para su correcto cumplimiento y por ende, el castigo o pena --  
correcta tambi6n en caso de violaciones a las mismas. Es --  
por ello que en este tipo de sistema funcion6 con toda preci--  
si6n la decisi6n de los Jueces respecto a los puntos litigio--  
sos.

PROCEDIMIENTO ALEMAN

Tras la recepci6n del derecho Italo - Can6nico en Alemania --  
producido en los Siglos XIV y XV, surgen los procesos camera--  
lista y saj6n : m6s tarde el prusiano. En su examen se ocu--  
pa Alcal6 Zamora (25) quien recuerda que el cameralista, fun--  
dado en la constitutio criminalis Carolina, acoge la persecu--  
si6n de oficio, con inquisitorialidad, secreto, escritura y tor--  
mento para completar la prueba. En el r6gimen saj6n bajo --  
la Constituci6n de Augusto I de 1572, y La Ordenanza Judicial  
de 1622, hubo dos tipos de proceso: el promovido por acusa--  
tio del ofendido y el iniciado de oficio, 6ste en caso de --  
graves delitos. S6lo en la misma hip6tesis era admisible el --  
tormento. Bajo Federico el Grande, en 1740, se suprimi6 el --  
tormento, salvo en hip6tesis de delitos de lesa majestad; --  
la supresi6n general, oper6 en 1757. En la misma 6poca la --  
profesi6n liberal de la abogacfa fu6 sustituida por los comi--  
sarios de justicia.

-----  
(25) Alcal6 Zamora.-Ob. cit. p6g. 29

### PROCEDIMIENTO EN LA REVOLUCION FRANCESA

En los años previos a la Revolución Francesa, multitud de --- voces se alzaron contra el régimen inquisitivo, recientemente introducido por las Ordenanzas de 1498 y 1670 Montesquieu y - Beccaria se pronunciaron por las acusaciones públicas. Los - ojos estaban vueltos hacia Inglaterra, impermeable a la inquisición, en su procedimiento acusatorio. La Ley del 27 de - septiembre de 1791, luego atemperada por la de 7 pluvioso del año IX, trasladó al continente las instituciones judiciales - inglesas, por último el Código de Instrucción Criminal de -- 1808, consolidó el sistema mixto, de cuyas líneas generales -- nos hemos ocupado ya.

### PROCEDIMIENTO EN AMERICA

En la América Española tuvo particular importancia, además de la legislación dictada para España y aplicable a sus posesio- nes ultramarinas, la recopilación de las Leyes de los reinos - de las Indias, donde la materia que nos interesa está princi- palmente agrupada en el libro séptimo. De éste, el título I, alude a perquisidores y jueces la comisión, designados los últimos, por audiencias o gobernadores para casos extraordina- rios y urgentes.

El título V preceptuó el procedimiento sumario, excusados --- tiempo y proceso, en la represión de mulatos, negros berberis- cos e hijos de indios. En el título VIII se admitió la posi- bilidad de composición.

COMENTARIOS:

Paralelo al desenvolvimiento histórico general de los puntos -- tratados referente al proceso penal no debemos olvidar los -- puntos en que hicimos referencia específica del acusado en -- cuanto a su situación jurídica, pues de ello se desprende la -- variedad, de momentos procesales en los que el acusado está -- sujeto a los interrogatorios, valoración de su defensa y otros -- aspectos, litigiosos, en ocasiones alevosos en su estructura -- procedimental, que conllevan a un estado de desventaja para -- éste, y por consiguiente los castigos, torturas, etc., injustificables para el acusado y pueblos en los casos públicos de audiencia, que resaltan las irregularidades del mismo procedimiento, y que nos debe de concernir a nosotros por su trascendencia jurídico-procesal para la correcta aplicación de nuestro procedimiento.

## C A P I T U L O   I I

### DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO PENAL EN MEXICO

- 1.- *El procedimiento penal en el Derecho Prehispanico*
- 2.- *Derecho Azteca*
- 3.- *Derecho Maya*
- 4.- *El procedimiento penal durante la Epoca Colonial*
- 5.- *Los Tribunales durante la Epoca Colonial*
- 6.- *El procedimiento penal al proclamarse la Independencia y -  
Evolución del mismo hasta la Constitución de 1917.*

## DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO PENAL EN MEXICO

### 1.- EL PROCEDIMIENTO PENAL EN EL DERECHO PREHISPANICO

El Derecho Prehispánico no rigió uniformemente para todos los diversos pobladores del Anáhuac, puesto que constituían ---- agrupaciones gobernadas por distintos sistemas y aunque había cierta semejanza, las normas jurídicas eran distintas.

El Derecho consuetudinario y quienes tenían la misión de juzgar lo transmitían de generación en generación.

Para decretar los castigos y las penas, no bastaba únicamente la ejecución del delito penal; era menester un procedimiento que las justificara, siendo la observancia obligatoria para los encargados de la función jurisdiccional.

Existían Tribunales Reales, Provinciales, Jueces Menores, --- Tribunal de Comercio, Militar, etc., cuya organización era -- diferente, en razón a las necesidades de los reinos, al delito cometido y a la categoría del sujeto infractor.

### 2.- DERECHO AZTECA

En el reino de México, el monarca era la máxima autoridad judicial y delegaba sus funciones en un Magistrado Supremo dotado de competencia para conocer de las apelaciones en materia criminal; a su vez, éste nombraba a un Magistrado para ejercer iguales atribuciones en las ciudades con un número de habitantes considerable, y este Magistrado designaba a los Jueces --- encargados de los asuntos Civiles y Criminales. (26)

Tomando en cuenta la clasificación de las infracciones penales en leves o graves, para conocer de las primeras se designaban -----

(26) Francisco Favon Vasconcelos-Revista Jurídica.-El Derecho -- de Los Antecas, México 1960, pág. 4

Jueces, cuya jurisdicción comprendía además la de un barrio determinado de la ciudad. Las infracciones graves se encomen-  
daban a un Tribunal Colegiado, integrado por tres o cuatro --  
Jueces Menores, iniciaban las actuaciones procedentes, efectua-  
ban la aprehensión de los delincuentes, instrúan el proceso --  
en forma sumaria y el Magistrado Supremo era quien decidía ---  
en definitiva.

En el reino de Texcoco, el monarca, como la autoridad suprema  
designaba Jueces encargados de resolver los asuntos civiles y  
criminales.

Los encargados de tales atribuciones estaban distribuidos en --  
Salas: una para lo Civil, otra para lo Criminal y una tercera  
para quienes conocían de los asuntos militares; en cada sala --  
había cuatro Jueces y cada uno tenía a sus órdenes varios ---  
escribanos y ejecutores; los fallos eran apelables y ante el --  
monarca se interponía el recurso. "El rey asistido de otros --  
Jueces, o de tres nobles muy calificados sentenciaban en --  
definitiva".

José Kjolser relata que el procedimiento era de oficio y basta-  
ba un simple rumor público acerca de la comisión de un delito  
para que iniciaran la persecución.

Los ofendidos podían presentar directamente su querrela o --  
acusación; presentaban sus pruebas y en su oportunidad formu-  
laban alegatos. (27)

Existía el derecho a favor del acusado para nombrar defensor  
o defensores por sí mismo.

En materia de prueba existían: el Testimonio, la Confesión, --  
los Indicios, los Careos y la Documental; empero se afirma ---  
que para lo penal tenía primacía la testimonial y solamente  
en casos como el de adulterio o cuando existían sospechas --  
-----

(27) José Kjolser.-Análisis Histórico Comparativo Penal.-Ed. --  
Rokan.-París 1968.-pág. 17 y 23

de que se habia cometido algún otro delito, se permitía la -- aplicación del tormento para obtener la verdad.

Eran manifiestas algunas formalidades, por ejemplo, en la -- prueba testimonial, quien rendía juramento estaba obligado -- a poner la mano sobre la tierra y llevarla a los labios, que- riéndose indicar con ésto que se comía de ella. (28)

El límite para resolver el proceso era de ochenta días, y las sentencias se dictaban por unanimidad o por mayoría de votos.

### 3.- DERECHO MAYA

Entre los Mayas, el derecho estaba caracterizado por la extre- ma rigidez de las sanciones, y como los Asteacas castigaban toda clase de conducta que lesionara las buenas costumbres, la -- paz y la tranquilidad social. (29)

La jurisdicción residía fundamentalmente en el ahua, quien en algunas ocasiones podía delegarla en los debates. Diego Ló- pez de Cogolludo, señala que justamente con los funcionarios -- mencionados, actuaban algunos otros Ministros que eran como -- abogados o alguaciles y cuya participación se destaca durante las audiencias. (30)

Juan de Dios Pérez de Galas, indica: "La jurisdicción de los -- debates comprendía el territorio de su cacicazgo, y la del -- ahua todo el estado". "La justicia se administraba en un ---- templo que se alzaba en la plaza pública de los pueblos y que tenía por nombre popilva". "Los juicios se ventilaban en una sola instancia, no existiendo ningún recurso ordinario ni ---- extraordinario. (31)

-----  
(28) José Kjoler.-Ob. cit. pág. 25

(29) Carlos Garza Valdez.-Derecho y Organización Social de los Mayas.-México 1943, pág. 82 y 83

(30) José Kjoler.-Ob. cit. pág. 29

(31) Francisco Bueno Arus.-El Derecho Precolonial. Ed. Porrúa.-México 1937, pág. 20 y 21

Con relación a las pruebas podemos comentar: Que si bien es cierto que por su significación utilizaron: la confesional, - ya que, refiriéndonos a los casos de peligro de muerte confesaban su pecado y en otra expresión ellos confesaban sus -- flaquezas hecho que nos indica el conocimiento que tuvieron - del valor de las confesiones, que no es remoto, también lo -- hayan utilizado en el aspecto judicial por el antecedente -- histórico que nos señaló en su momento oportuno. La testimo -- ntal, ya que hemos visto, el uso de los testigos en el perfec -- cionamiento de toda índole de contratos y la presuncional --- pues echaban maldiciones al que presumían mentiroso, como tam -- bién se indicó ya en su momento.

#### 4.- EL PROCEDIMIENTO PENAL DURANTE LA EPOCA COLONIAL

Al llevarse a cabo la conquista, los ordenamientos legales -- del derecho castellano y las disposiciones dictadas por las - nuevas autoridades desplazaron el sistema jurídico Azteca, el -- texcocano y el maya.

Diversos cuerpos de Leyes, como la recopilación de las Leyes de Indias, las Siete Partidas, de Don Alfonso el Sabio, la -- Novísima Recopilación y muchas otras más, establecieron dis -- posiciones procesales. (32)

En realidad no existía un grupo de normas organizadas insti -- tucionalmente para regular el procedimiento en materia crimi -- nal y aunque las Siete Partidas, de manera más sistemática, - pretendían establecer los preceptos generales para el mismo, al estructurar el proceso penal en el sistema de enjuiciamien -- to de tipo inquisitorio, resultaban confundidas las disposi -- ciones de carácter eclesiástico, profano, foreal y real.

-----  
(32) Guillermo Colín Sánchez.-Drecho Mexicano.-Cuarta Edición Editorial Porrúa.-México 1979, pág. 26, 27 y 28

A medida que la vida colonial fué desarrollándose se presentaron diversidad de problemas que las Leyes Castellanas no alcanzaban a regular; se pretendía que las Leyes de Indias, suplirían tales deficiencias; sin embargo, como los problemas se -- acentuaban mayormente por las arbitrariedades de los funcionarios, de los particulares y también de los predicadores de la doctrina cristiana, recomendó a Obispos y Corregidores se -- cifieran estrictamente al cumplimiento de su cargo y a respetar las normas jurídicas de los indios, su gobierno, policía, usos y costumbres dejándose de tomar en cuenta cuando contravinieran al derecho hispano.

Los funcionarios con atribuciones legales para perseguir el -- delito en la administración de justicia penal, que tenían --- ingerencia eran : los gobernadores, las capitanías generales, los corregidores y muchas otras autoridades. (virreyes).

La personalidad del virrey, ha sido descrita de la siguiente manera : Era Capitán General, Justicia Mayor, Superintendente de la Real Hacienda y Vice-Patrono.

En función de Vice-Patrono representaba al rey en las atribuciones religiosas del patronato; con su alta investidura llegó a ser el eje principal, en torno a los mayores y también la -- real audiencia, puesto que la designación de funcionarios y la decisión de los asuntos que éstos conocían no eran ajenos a -- su influencia y capricho.

Los gobernadores eran nombrados por el virrey; gobernaban --- circunscripciones políticas de menor importancia, tenían bajo su responsabilidad el cuidado del orden, la administración --- de justicia y la resolución de todo problema que se presentara.

A los corregidores se les adscribía a los distritos o lugares indicados por el virrey para que cuidaran el orden, adminis--

traran justicia, dictaran disposiciones legales y dirigieran -- los aspectos administrativos de su jurisdicción.

Los alcaldes mayores estaban subordinados a los corregidores, ejercían funciones administrativas o judiciales en los lugares de su adscripción.

La disposición para designar funcionarios indios como habíamos indicado, la administración pública en la Nueva España, se -- desenvolvía por los reyes de España, por los Virreyes y demás autoridades; los nombramientos obedecían a influencias políticas y durante mucho tiempo no se dió ninguna injerencia a los indios para que actuaran en ese ramo. Fué hasta 1549, cuando una cédula real ordenó se hiciera una selección entre los -- indios para que desempeñaran los cargos de alcaldes, jueces, -- regidores, alguaciles, escribanos, etc., especificándose que -- la justicia se impartiría de acuerdo con los usos y costumbres que habían gobernado su vida. (33)

Los alcaldes indios auxiliados por alguaciles aprehendían a -- los delinquentes indios y los llevaban a las cárceles de españolas del Distrito correspondiente.

Los caciques ejecutaban aprehensiones y ejercían Jurisdicción -- criminal en sus pueblos, salvo en aquellas causas reservadas para su resolución a las audiencias o a los gobernadores. (34)

La real ordenanza para el establecimiento e institución de -- intendentes del ejército y provincia en el reino de la Nueva España de 1786, se crearon doce intendencias encargadas de los servicios de Hacienda y Justicia, para así atender con mayor -- eficacia los servicios públicos.

-----  
(33) Idem. ob. cit. pag. 32.

(34) Idem. ob. cit. pag. 32.

Como consecuencia, los funcionarios indios se relegaron al -- olvido y cada intendente se encargaba de impartir justicias -- en lo Civil y en lo Criminal, auxiliados por Subdelegados -- quienes investigaban los hechos delictuosos e instruan los -- procesos para que, al estar en condiciones de dictar senten- -- cia lo hiciera así el Intendente asesorado por el Teniente -- letrado.

#### 5.- LOS TRIBUNALES DURANTE LA EPOCA COLONIAL

Durante la colonia el desenvolvimiento de la vida en sus di- -- versas órdenes, requirió indispensablemente la adopción de --- medidas encaminadas a frenar toda conducta lesiva a la esta- -- bilidad social y a los intereses de la Corona Española en su -- nuevo dominio.

Distintos Tribunales, apoyados en factores religiosos, econó- -- micos, sociales y políticos, pretendieron encausar la conduc- -- ta de indios y españoles. Para la persecución del delito -- en sus formas especiales de manifestación y para aplicar las -- sanciones pertinentes, se implantaron : El Tribunal del Santo -- Oficio, el Tribunal de la Acordada, Tribunales Especiales pa- -- ra juzgar a los vagos y muchos otros más. (35)

El malestar constante, fincado en la impunidad y la falta de -- garantías para la vida y la propiedad, provocaba alarma gene- -- ral por eso, en la fundación de Tribunales con procedimientos -- especiales y novedosos se cifraban una nueva esperanza de -- bienestar y paz social.

El Tribunal de la Inquisición ocupa un lugar preferente en -- el orden cronológico y policiaco, contra la herejía.

-----  
(35) A.S. Suvarbille, *la Inquisición Española*.-Editorial Fon- -- do de la Cultura Económica, México 1950, Pag.30,36 y 37.



El promotor fiscal denunciaba y perseguía a los herejes y enemigos de la iglesia, llevaba la voz acusatoria en los juicios y -- para algunas funciones del Tribunal era el conuoto entre éste -- y el Virrey, a quien entrevistaba comunicándole las resoluciones y la fecha de celebración del auto de F<sup>é</sup>.

Asistía también a los autos de F<sup>é</sup> integrando la formación que -- para esos acontecimientos efectuaba todo el Tribunal en el acto de ejecución. (37).

El Abogado Defensor era el encargado de los actos de Defensa, -- el Receptor y el Tesorero del aspecto económico, gastos y cuentas, así como también, de los bienes confiscados.

Los familiares eran personas que figuraban en forma honorífica, y además ejercían funciones de política comunicando de inmediato todo aquello que interesara al procesado.

Los Notarios refrendaban las actas de los juicios; los escribanos llevaban los apuntes relacionados con las denuncias; los -- alguaciles ejecutaban las aprehensiones y los alcaldes tenían -- bajo su responsabilidad el cuidado de las cárceles y, por consiguiente, de los reos (38).

Su abolición fué el 22 de febrero de 1813, las cortes de Cádiz -- suprimieron el Tribunal de la Inquisición en México; se dió a -- conocer esa determinación el 8 de junio del mismo año.

La audiencia era un Tribunal con funciones gubernamentales específicas, atribuciones generales para solucionar los problemas -- policíacos y los asuntos relacionados con la administración de -- justicia.

-----  
(37) José Kjoler ob. cit. pág. 29

(38) José Kjoler ob. cit. pág. 31

En la Nueva España se instalaron dos, una en la Ciudad de México y otra en Guadalajara; se regían en todo por las Leyas de Indias y sólo en defecto de estas, por las Leyas de Castilla.

Las denuncias recibidas en España en contra de la conducta -- de Hernán Cortés, sus subordinados y demás autoridades, deterrminó que el poder real enviara a La Nueva España un Juez Residencial para que investigara y resolviera esos problemas, y aunque ya en épocas de Carlos V a través de una cédula, se -- habían decretado la instalación de la audiencia hasta el 13 -- de diciembre de 1527 se dictaron algunas instrucciones para -- integrarla.

Los funcionarios que integraban la audiencia eran cuatro Oidores y un Presidente; más tarde , al Virrey fungía como Presidente, ocho Oidores, cuatro Alcaldes del Crimen, dos Fiscales, uno para lo Civil y otro para lo Criminal, un Alguacil Mayor, un Teniente de gran Consiiller y otros funcionarios de menor -- importancia. (39)

Los oidores investigaban las denuncias o los hechos hasta -- llegar a formarse la convicción necesaria para dictar sentencia, pero tratándose del Virrey o Presidente, tenían prohibido avocarse a las mismas; suplían las faltas de los Alcaldes del Crimen y firmaban las órdenes de aprehensión las cuales -- para tener como válidas necesitaba, por lo menos ostentar dos firmas de los Oidores. (40)

Los Alcaldes del Crimen conocían de las causas criminales en primera instancia cuando los hechos se ejecutaban en un perimetro comprendido en cinco leguas del lugar de su adscripción con frecuencia intervenían directamente en las investigaciones de un hecho ocurrido en lugares en donde no había Oidores, -- actuaban como Tribunal Unitario para causas leves, cuando se

(39) Francisco de la Nava.-El Palacio de la Inquisición-Editorial Instituto de Investigación. Estudios de la Universidad Nacional Autónoma de México. Págs. 23 y 25  
(40) Idem. ob.cit. pág. 31.

trataban de sentencias de muerte, mutilación de miembro o --- pena corporal.

Se constituían en cuerpo colegiado, siendo necesario tres --- votos favorables o de acuerdo, para que una sentencia fuera --- aprobada y aunque era facultad de la audiencia sentenciar --- las apelaciones interpuestas en contra de las resoluciones --- de los alcaldes del crimen, éstos resolvían el recurso; en --- consecuencia, se desvirtuaba la naturaleza del mismo porque --- todas las funciones se concentraban en una sola persona. De hecho la investigación y castigo de los delitos radicaba en --- estos funcionarios, quienes no respetaban las atribuciones --- de los demás integrantes de la audiencia; realizaban toda cla --- se de aprehensiones, excepto si se trataba del Corregidor --- de la Ciudad a menos que los autorizara el Virrey de la Nueva España.

Lo antes descrito dió lugar en el año de 1568, a que se pro--- hibiera a los Oidores conocer de los asuntos criminales y por lo tanto se abstuvieran de portar la vara de la justicia.

El alguacil con la mayor colaboración de algunos otros funcio--- narios, tenía bajo su responsabilidad la función policiaca. (41).

El Presidente de los Oidores tenían competencia para conocer causas civiles y criminales en primera instancia y en grado --- de apelación. La audiencia era también un órgano consultor --- de los Virreyes en asuntos de carácter legal o en los nego--- cios que las funciones gubernamentales requerían. (42)

De lo anterior podemos comentar: Que durante esta época proce--- dimental histórica, fué de gran importancia la persecución de los delitos, pues las autoridades procuraron el bienestar de la sociedad como necesidad del orden público como es la de ---

(41) Idem. ob. cit. pag. 11.

(42) Idem. ob. cit. pag. 12.

que los delitos no quedaran impunes y posteriormente el proceso a seguirsele al culpable con la pena también correspondiente.

Muy pronto se dejó sentir la arbitrariedad y el abuso de estas autoridades, los compadrazgos e intereses creados influan considerablemente en las resoluciones judiciales.

Era tan notable el descontento que fué necesario dictar medidas para prevenir tal proceder entre otras, la prohibición --- de apadrinar matrimonios o bautizos en los Distritos donde --- ejercieran sus funciones, visitar a sus vecinos, concurrir a --- los desposorios, honras fúnebres y entierros.

A los Fiscales y demás personal del Tribunal se les prohibió --- hacerles acompañar de personas que tuvieran algún negocio pendiente en los lugares en donde la audiencia tenía competencia, adquirir propiedades y contraer matrimonio dentro de su Distrito con persona originaria del mismo. Esta medida se extremó a tal grado que, la disposición incluyó también a los hijos de los funcionarios.

El proceso del juicio de residencia constaba de dos partes --- una secreta realizada de oficio y, la otra pública para tramitar las denuncias de los particulares.

Para facilitar el pronto despacho de los juicios se ventilaban en donde el residenciado desempeñaba sus funciones para --- que los agraviados tuvieran facilidad de presentar testigos --- y otras pruebas. (43)

El juicio se iniciaba cuando el pregón daba a conocer el edicto de residencia, momento desde el cual principiaba a contarse el término que duraría, y mediante el cual se recibían todos --- los agravios advirtiéndole a quienes los presentaban que gozaban de amplia protección y serían sancionados los que trataran de amedrentarlos para que no presentaran sus quejas.

-----  
(43) José María Marulux Urquijo.-Ensayo sobre Los Juicios Indianos.-Editorial Edial.-Sevilla 1952, pág. 3 y 4

El Juez encargado de practicar la residencia era asesorado por comisionados. Sus facultades consistían en dar a conocer los edictos, en poblaciones que, por la lejanía, resultaba difícil lo hiciera el Juez, y también recababan las informaciones --- necesarias para la instauración del proceso.

Acreditada la personalidad del residenciado se iniciaban los - interrogatorios acerca del cumplimiento de las obligaciones -- del funcionario y sus colaboradores, así como la moralidad, -- buenas costumbres y protección indígena. Como la prueba tes- timonial tenía gran trascendencia processal, se tomaban infinti- dad de medidas para que la verdad no se desvirtuara por bajas pasiones o intereses creados.

El Juez cuya labor era netamente inquisitiva, solicitaba - informes oficiales a las demás autoridades del lugar, revisaba los libros del cabildo, examinaba los expedientes judiciales - o de gobierno y todo lo que le permitiera comprobar los hechos.

Durante la parte secreta, el Juez formulaba una lista de los - cargos presentados, haciéndolos saber al residenciado con el - fin de que pudiera presentar su defensa.

En la parte pública había acción popular; las querrelas y de- mandas, eran presentadas por los agraviados, tanto para los -- asuntos resueltos en su contra como para aquellos pendientes - de resolución. Toda querrela o demanda seguía los mismos --- trámites del juicio ordinario, pugnándose siempre por acelerar los y resolverlos en el menor tiempo posible, de tal manera -- que, presentados los cargos y ofrecidos los descargos, el Juez estaba en aptitud de dictar sentencia. (44)

-----  
(44) Idem. ob. cit. pág. 7

Acto seguido, la causa se remitía al Consejo de Indias para el trámite de Segunda Instancia; pero debido a los peligros que corría tal documentación al enviarse a la península y -- también a la demora en recibirla, en el año de 1542, se acordó hacer lo propio, únicamente para las residencias tomadas a los gobernadores y a quienes fueran miembros integrantes de las audiencias, en todos los demás casos, la audiencia correg pondiente, resolvería en Segunda Instancia.

Las sanciones consistían en multa, inhabilitación perpetua o temporal para desempeñar cargos públicos y en el destierro.

Aunque la finalidad de los juicios de residencia (45), fué noble y se utilizó como medio de intimidación para lograr -- mayor eficiencia y cumplimiento de las autoridades en el desempeño de sus funciones, desgraciadamente los resultados -- fueron poco satisfactorios, ya que en el nombramiento de los jueces predominaba la voluntad del Virrey, y al cometerse -- fácilmente a sus caprichos y componendas, en el momento crítico gozaban de toda su protección.

Por otra parte, la ignorancia de los indios y su desconocimiento del castellano, la amenaza e intimidación de que eran objeto para que no presentaran sus quejas, el soborno y el cohecho, fueron factores determinantes para que estos juicios se desvirtuaran y solamente tratándose de funcionarios de jerarquía ínfima se llegara a hacer realidad la residencia, en -- cuanto a los Virreyes, Gobernadores y demás autoridades de -- importancia, como sujetos del juicio de residencia, el comentario formulado por Alejandro de Humbolt nos proporciona una idea clara "Si el Virrey era rico, hábil y estaba sostenido -- en América por un asesor valiente y en Madrid por amigos poderosos, podía gobernar arbitrariamente sin temor a la residencia.

-----  
(45) idem. página 9

Al hablar de la audiencia, anotamos que tenía facultades para legislar y uno de los actos en que más se patentizó esta labor, fué en la formación del Tribunal de la Acordada llamado así por que la audiencia en acuerdo, es decir presidida por el Virrey lo estableció; principiando su actuación en 1710.

En cuanto a su funcionamiento procesal la Acordada se integró con un Juez o Capitán llamado Juez de Caminos por Comisarios y Escribanos. (46)

Su competencia fué muy amplia, debido a que sólo así podía -- actuar de manera eficaz para cumplir su cometido.

Fundamentalmente perseguía a los saltadores de caminos, y -- cuando tenía noticia sobre asaltos o desórdenes en alguna comarca, llegaba haciendo sonar un clarín, se avocaba al conocimiento de los hechos delictuosos, instruíra un juicio sumarísimo, dictaba sentencia y procedía inmediatamente a ejecutarla.

Si era decretada la pena de muerte, ahorcaban al sentenciado en el mismo lugar donde había cometido el delito y dejaban -- expuesto el cadáver para escarmiento a los cómplices que no -- habían sido capturados o para aquellos individuos dedicados a cometer hechos de esa índole.

La rapidez de los juicios y la ejecución inmediata de la sanción, eran fundamentales para provocar buena conducta o un -- sentimiento de recato en los habitantes del campo y prevenir así los delitos.

Este Tribunal era ambulante; no tenía sede fija, una vez juzgada y sentenciada una causa, sus integrantes abandonaban el lugar para constituirse en otro e iniciar una verdadera persecución en contra de los malechores, inclusive con actos materiales de acometimiento.

-----  
(46) Pomar Zurita.-Relaciones Procesales de Texcoco y la Nueva España en los Juicios.-Editorial Salvador Cházaro Haiyhos.-México, Pág.101 y 102

Los fines esenciales de la acordada eran la prevención y persecución del delito y aunque consideraban que la exposición del cadáver provocaría intimidación en quienes delinquieran o estaban propensos a ello, no fué en ninguna forma una medida efectiva para bien prevenir los delitos, pues en infinitas de ocasiones al pueblo (especialmente los indios) ASESINABAN A LOS TENIENTES y COMISARIOS, impidiendo así las aprehensiones e investigaciones.

Los delitos no disminuyeron; por el contrario, siguieron cometiéndose intensamente, a grado tal, que las estadísticas de la Acordada arrojan el número de sesenta y dos mil novecientos reos juzgados en ciento seis años.

En la prisión de la Acordada, los procedimientos inhumanos la convirtieron en una escuela de crímenes y horrores y quienes lograban obtener su libertad volvían a delinquir poniendo en práctica las enseñanzas adquiridas y los medios idóneos para burlar la acción legal. (47)

Finalmente la Constitución Española de 1812, abolió la Acordada con gran júbilo de las clases populares y de quienes habían sufrido todo el rigorismo exagerado de sus sistemas.

De lo mencionado anteriormente podemos concluir: Que una vez, que ya se había detenido el "preunto responsable" acusa do se determinaba su castigo o pena con severidad y en ocasiones como ya lo habíamos mencionado también, juicios violatorios que van a repercutir en el acusado principalmente, pero también en perjuicio de sus familiares, pues el sustento familiar, si era el padre y por consiguiente castigado estos allegados del acusado quedaban indefensos en su subsistencia y el acusado también aunque procesalmente.

6.- EL PROCEDIMIENTO PENAL AL PROCLAMARSE LA INDEPENDENCIA NACIONAL Y EVALUACION DE LA MISMA HASTA LA CONSTITUCION de 1917.

El 22 de octubre de 1814 se promulgó el llamado Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana y aunque nunca llegó a tener vigencia fue un documento revelador del pensamiento de toda una época, cuyo contenido era una serie de principios inspirados en los fundamentos filosóficos y -- jurídicos de la Revolución Francesa y en la Constitución -- Española de 1812. (48)

Los preceptos dictados en materia de justicia, aunque tienen influencia de la Constitución de Cádiz, en su redacción y -- espíritu quedó demostrado el perfecto conocimiento de la -- realidad social mexicana, tomado en cuenta por el constituyente de Apatzingán, al declarar que son tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades de la Ley, y que ninguno debe ser juzgado, ni sentenciado, sino después de haber sido oído, adelantándose con esto al pensamiento luminoso del constituyente de 1857, y posteriormente al contenido del Artículo 14 de la Constitución de 1917.

Prevé la integración del Tribunal Superior de Justicia con cinco Magistrados, Fiscales, Secretarios y Jueces Nacionales de Partido, Teniente de Justicia, Tribunales de Residencia, etc., quienes actuarían conforme a las Leyes hasta entonces vigentes, mientras no fueran derogadas por nuevas -- normas.

La Constitución de 1824, deposita el Poder Judicial de la -- Federación, en la Suprema Corte de Justicia, en los Tribunales de Circuito y en los Juzgados de Distrito a quienes se -- les señalaban sus atribuciones legales.

-----  
Touca Hernández.-  
(48) Ley Penal en México de 1810 y 1910 Pág. 18 y 23.-Revista Mexicana de Derecho Penal.- México 1911

La administración de justicia en los Estados y Territorios -- se ajustaba a las reglas siguientes : "Se prestará entera -- fe y crédito a los actos registro y procedimientos de los -- jueces y demás autoridades de otros estados; el congreso -- general uniformará las Leyes, según las que deberán probarse dichos actos, registros y procedimientos".

Quedan prohibidos la confiscación de bienes; el tormento, la detención sin que exista semi-prueba plena o indicio, de que alguien es delincuente; la detención por indicios que se haya decretado no debe exceder de 70 horas, el cateo sin orden expresa y fundada legalmente; el juramento sobre los hechos propios al declarar en materias criminales, antablar pleito en lo criminal sobre injurias, sin hacer constar haber intento legalmente el medio de la conciliación. (49)

El Poder Judicial se ejerce : por la Suprema Corte de Justicia, los Tribunales Superiores de los Departamentos y los -- Jueces Subalternos de Primera Instancia, Civiles y Crimina-- les, de las cabeceras de Distrito de cada departamento.

En las prevenciones generales sobre la administración de -- justicia en lo Civil y en lo Criminal se decretó lo siguiente: no habrá más fueros personales que el eclesiástico y -- criminal, militar; los miembros y fiscales de la Corte Suprema serán perpetuos en estos cargos y no podrán ser ni suspen-- sos ni removidos, sino con arreglo de las prevenciones con-- tenidas en la Segunda y Tercera Ley Constitucionales; tam-- bién serán perpetuos los Ministros y los Jueces letrados de Primera Instancia, y no podrán ser removidos sino por causa legalmente aprobada y sentenciada.

En las bases orgánicas de la República Mexicana del 12 de --  
 junio de 1843 subsisten los fueros, eclesiástico y militar --  
 para las aprehensiones se exige mandato judicial, salvo el --  
 caso de flagrante delito, pero poniendo de inmediato al suje-  
 to a disposición del órgano jurisdiccional; se restringe a --  
 treinta días la detención de las personas por la autoridad --  
 política y para los jueces en término de cinco días, para --  
 declararlo bien preso.

El Congreso queda facultado para establecer Juzgados especia-  
 les fijos o ambulantes con competencia para perseguir y casti-  
 gar a los ladrones en cuadrilla.

En los departamentos los Tribunales Superiores de Justicia y  
 los Jueces Superiores son los encargados de administrar jus-  
 ticia, se prohíbe el juramento en materia criminal, sobre ---  
 hecho propio; los jueces quedan obligados para que dentro del  
 término de los tres primeros días en que esté el reo detenido  
 a su disposición le tomen su declaración preparatoria, mani-  
 festándole antes el nombre de su acusador, si lo hubiere la -  
 causa de su prisión y los datos que haya contra él.

La falta de observancia en los trámites esenciales de un pro-  
 ceso, produce la responsabilidad de su Juez, el número de ing-  
 tancias se limita a tres. (50).

En la Constitución de 1857 se señala, que en forma sistemáti-  
 ca se ordena para los juicios criminales, las garantías si---  
 guientes: que se le haga saber el motivo del procedimiento --  
 y el nombre del acusador si lo hubiere, que se le tome su --  
 declaración preparatoria dentro de las 48 horas, contadas --  
 desde que esté a disposición del Juez, que se le carea con --  
 los testigos que depongan en su contra; que se le faciliten -  
 los datos que necesite y consten en el proceso, para preparar  
 -----

su daseargo; que se le oiga en defensa por sí o por persona - de su confianza, o por ambos según su voluntad, en caso de no tener quien lo defienda se le prestará lista de Los Defenso-- res de Oficio para que elija el que o los que le convengan.

Así también, en el proyecto de la siguiente Constitución de - Don Venustiano Carranza se aumentaron Garantías entre ellas - las que fecharon el primero de diciembre de 1916 en la Ciudad de Querétaro en relación al procedimiento penal con el siguien- te texto : "Los hechos señalados en el auto de formal prisión serán forzosamente la materia del proceso y no podrán cambiar se para alterar la naturaleza del delito. Si en la ocuela del proceso apareciera que ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente." (51)

#### COMENTARIO No. 2

A través de esta secuencia cronológica procesal: desde el punto de vista histórico, podemos concluir diciendo que el - orden de colocación de las autoridades deja mucho que desear y por otra parte, se acusan deficiencias como al hecho de -- que el Ministerio Público formula sus pedimentos por conduc- to de autoridad que no es competente y así también como éste, se derivan otros que en lugar de otorgarle al procedimiento celeridad, simplificándolo, etc., sucede lo contrario y a -- ello aunado en ocasiones violaciones de garantías que nos - tocará debatir más adelante.

-----

(51) Lola Aniyar de Castro, Revista Mexicana de Derecho Penal, México 1980, pág. 12 y 13

## C A P I T U L O    I I I

### EL AUTO DE FORMAL PRISION

- 1.- *Naturaleza del auto de Formal Prisión*
- 2.- *Conceptos varios*
- 3.- *Clasificación del auto de Formal Prisión*
- 4.- *El proceder en el auto de Formal Prisión por la Autoridad*

AUTO DE FORMAL PRISION

El estado que guarda la persona a quien se imputa la comisión de un delito, es impreciso en las setenta y dos horas siguientes de su consignación a la justicia. Debe asegurársela preventivamente para los fines procesales, con el objeto de impedir que se fugue u oculte y paralice la marcha del procedimiento. En la investigación de los delitos existe un marcado interés social de que los hechos queden perfectamente esclarecidos.

La privación de la libertad que se impone, tiene un límite precario: el indispensable para que el Juez pueda hacer el análisis de las pruebas recogidas y decida si el inculcado ha de quedar formalmente preso o debe ser puesto en libertad por falta de méritos. Ninguna detención puede prolongarse más del término legal de setenta y dos horas sin que esté justificada con un auto motivado de formal prisión.

Si fuese posible, por respeto a la libertad humana, a nadie debiera privárselo de ella sino hasta el fin del proceso, cuando han quedado plenamente comprobadas la existencia del delito y la responsabilidad penal del inculcado. No siempre es necesario que la persona quede detenida desde que el procedimiento se inicia sobre todo si se trata de delitos leves en que es forzoso tomar en cuenta la condición moral y social del inculcado, su arraigo en el lugar del juicio y la posibilidad de que se sustraiga a la acción de la justicia. El aseguramiento de la persona de presunto responsable en delitos de esta índole, debe ser facultad discrecional del Juez que podrá o no ordenar que se le prive de su libertad, si así lo amerita la naturaleza del delito. (52).

En algunas legislaciones extranjeras se impone el presunto responsable la obligación de no sustraerse a las órdenes del Juez y de comparecer ante su presencia cuantas veces sea

-----  
(52) PÉÑA Palacios Javier.-Auto de Formal Prisión.-Criminología No. 8 Año V pág. 56

requerido si se niega a comparecer, el mandato de comparecencia, se transforma en orden de detención. El auto de formal prisión sólo se deberá decretar en casos de delitos graves que revelen peligrosidad en el Agente como un procedimiento de necesidad extrema pues, si se llegara a admitir de una manera absoluta que la privación de la libertad personal se hiciera hasta la sentencia, se ocasionarían graves trastornos en la marcha de las causas criminales, porque sería fácil a los sospechosos de los delitos sustraerse a la acción de la justicia y evitar el esclarecimiento de los hechos.

Por razones de conveniencia pública se admite que la persona sea privada de su libertad, pero sólo por el tiempo indispensable para poder definir su situación jurídica. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prohíbe que se prolongue por más del tiempo señalado; lo sanciona severamente la Ley de Responsabilidades Oficiales y los Directores o Encargados de las cárceles que reciban a un detenido, deberán ponerlo en libertad sin responsabilidad de su parte, en caso de no recibir testimonio autorizado del Juez de quedar formalmente preso, dentro de las setenta y dos horas siguientes al momento de su detención.

El auto de formal prisión, tiene por objeto definir la situación jurídica del inculcado y fijar el delito o los delitos -- por los que debe seguirse el proceso. Como las Leyes que -- norman el procedimiento vigente distinguen lo que es un auto -- de lo que es una sentencia (52), nos ocuparemos de examinar -- el significado del término auto de formal prisión. Escribiche, citado por Piña Palacios, define el auto como el decreto judicial dado en una causa civil o criminal; expresando que el Juez pueda pronunciar auto interlocutorio o providencias y decidir la cuestión principal por medio de su sentencia o auto defini--

-----  
(52) Piña Palacios.-ob. cit. pág. 59

tivo. Eugenio Florfan, a quien sigue citando Piña Palacios, define los autos como las resoluciones judiciales que afectan - no solamente a la cuestión procesal, sino también a las cues- - tiones de fondo que aparecen durante el proceso y que es indis- - pensable resolver antes de llegar a la sentencia para estar en condiciones de poder formularla. (53)

El empleo del término auto es de más frecuente uso en el proce- - dimiento civil y consiste en la providencia que dicta el Juez - mandando lo que debe ejecutarse en algún caso, sin perjuicio -- del derecho de las partes. La impropiedad en el uso de estos -- términos hizo que frecuentemente se confundieran los autos -- con las sentencias y que como en el procedimiento civil se -- hablase en el penal de sentencias interlocutorias y de senten- - cias definitivas. Por sentencia se entiende la resolución -- judicial que termina la instancia y decide sobre el objeto prin- - cipal y el accesorio del proceso en tanto que los autos pueden -- ser simples determinaciones de trámite o contener cuestiones -- que hacen cesar o suspender el curso del procedimiento y que a -- veces, por su índole tienen la misma fuerza definitiva de una -- sentencia como sucede con los autos de sobreseimiento, de cesa- - sión del procedimiento o de aquellos que declaran extinguida -- la responsabilidad penal por concurrir alguna de las causas -- especificadas en el Código de la Materia.

La diferencia entre el auto de formal prisión y la prisión mis- - ma consiste en que aquel es el mandamiento pronunciado por el - Juez que motiva y justifica la causa de la prisión preventiva - en tanto que ésta es la privación de la libertad que impone al - presunto responsable, de manera transitoria por el tiempo que - dure la tramitación del proceso, de manera que el auto de for- - mal prisión debe expresar los motivos legales que se tuvieron - para dictarlo y antecede al estado de prisión preventiva, de -- manera que no podemos hablar de que exista la prisión preventi- - -----

va en tanto que el Juez no lo establezca en forma expresa. Una persona que ha sido encarcelada por sospecharse que ha intervenido en la comisión de un delito, tiene el carácter de un detenido. Si el Juez resuelve decretar su formal prisión, habrá cambiado su situación jurídica y de detenido o indiciado que era se convertirá en procesado.

Le llamamos auto de formal prisión no precisamente porque se refiere a los requisitos o condiciones de forma que debe contener, sino porque los datos se refieren a los requisitos que han sido suficientes, a juicio del Juez, para cambiar la situación jurídica del inculpado.

Formal, debemos entenderlo en un sentido expreso y determinado, los antecedentes del auto de Formal Prisión los encontramos en las Leyes Españolas. En la Constitución de Cádiz de 1812 se dispone que, si se resolviese que el arrestado se ponga en cárcel o permanezca en ella se proveyerá auto motivado.

El uso del Término Formal parece haberse empleado en la Legislación Patria para distinguir estos procesos de los que se acostumbraba fallar en partida, pues no hemos encontrado que en otras Legislaciones empleen el mismo término.

Citado por el autor Piña Palacios; en la obra anteriormente aludida; es pertinente y oportuno el comentario que hace Don Jacinto Pallares; sostiene que el auto de formal prisión equivale a elevar la causa a forma de proceso y que no debe entenderse en el sentido de que el proceso no se instruya, no pertenece a la clase de aquellas que deben fallarse en simple partida, sin intervención del jurado, por versarse delitos leves, ninguna disposición legal previene expresamente que los Jueces eleven sus causas a formal proceso, y el mandamiento de Formal Prisión fué una costumbre nacida de las circunstancias de que hubiese juicios criminales ordinarios que

admitan muchas instancias y juicios anómalos breves, sumarios - que se fallan sin solemnidades o sea en los llamados fallados - en partida. (54)

El término auto de Formal Prisión se empleó, como lo expresa --- el señor Pallares para poder distinguir los procesos formales - que requieran una tramitación especial y más dilatada atendiendo a la gravedad y a la complejidad del delito, de los procesos sumarios o sumarísimos en delitos que por su índole, su tramitación reclama mayor rapidez, aunque después el empleo del término auto de Formal Prisión se extendió a todos los demás procesos.

Se distingue con claridad lo que es la simple detención de la - prisión provisional y se fija el término de setenta y dos horas para que el Juez pronuncie mandamiento elevado, la detención -- a prisión preventiva o para que se deje aquella sin efecto, -- restituyendo al detenido en el goce de su libertad.

La detención y la prisión preventiva es pertinente comentar -- como lo hemos indicado, se funda en la necesidad de asegurar al presunto responsable con el objeto de prevenir (que se evada a la acción de la justicia). La detención puede durar unas -- cuantas horas, las indispensables para que el Juez haga saber - al inculpado los cargos existentes en su contra y le tome su -- declaración preparatoria, en tanto que la prisión provisional - prolonga el aseguramiento preventivo de la persona por el tiem po que dura la secuela del proceso, a fin de que quede sujeto - al Tribunal que lo juzga y se dicte sentencia y se decida si -- es o no culpable. (55)

En estas condiciones el Juez está obligado a observar estrictamente los términos constitucionales computados a partir --

-----  
(54) Favón Vasconcelos.-Derecho Penal Mexicano, México 1984, - Pág. 223

(55) idem. ob. cit. pág. 224

del momento en que el detenido queda a su disposición tomán--  
 dolo su declaración preparatoria dentro del término de cuaren--  
 ta y ocho horas y resolviendo su situación jurídica dentro --  
 de las setenta y dos horas siguientes a su consignación al --  
 Juez, es imprecisa y limitada. Imprecisa, porque como no -  
 está suficientemente comprobada la existencia material del --  
 delito o cuerpo del delito que constituye la base en todo --  
 procedimiento del orden criminal, sólo concurre la posibili--  
 dad legal de que el delito exista, ya que su comprobación es  
 una facultad exclusiva del Juez y resulta del análisis que ha  
 ga de las pruebas obtenidas. No se sabe si el detenido va -  
 a ser restituido en el goce de la libertad que disfrutaba o -  
 declarado formalmente preso perdiendo entonces su carácter -  
 de detenido para convertirse en procesado. Limitada, ---  
 porque el término de tres días que tiene el Juez para resol--  
 verse no puede prorrogarse sin motivar la prolongación de la  
 detención, ni siquiera a pretexto de que el Juez carece de --  
 pruebas suficientes para fundar su mandamiento. Los térmi--  
 nos expuestos son fatales, se cuentan de momento a momento a  
 partir de aquel en que el Juez recibió aviso del Encargado --  
 de la prisión donde se encuentra el detenido que queda a su -  
 disposición y la autoridad judicial que no los observe es ---  
 penalmente responsable de la detención como lo son también --  
 los carceleros que los consientan. (56)

Prisión, del latín prehensio, consiste en el acto o acción de  
 coger, prender, o asegurar; al referirnos a la prisión preven--  
 tiva, dijimos que ésta consiste en el aseguramiento provisio--  
 nal de la persona en contra de quien recaen sospechas de cul--  
 pabilidad.

El auto de formal prisión no siempre es procedente dictarlo -  
 puede suceder que el delito no merezca sanción corporal, sino  
 sanciones alternativas o multa.

Entonces, como no puede privarse de su libertad al inculpado -- se dictará el auto de sujeción a proceso que contendrá los -- mismos requisitos señalados para el auto de formal prisión, y sólo con el objeto de fijar el delito o delitos por los -- que debe seguirse el proceso, sin necesidad de ordenar el -- encarcelamiento del presunto responsable, que sólo estará -- obligado a comparecer ante el juez de la causa cuando se re- quiera su presencia.

El Auto de Formal Prisión, primordialmente, debe sujetarse - a las disposiciones contenidas en los Artículos 18 y 19 de - la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y - las Leyes Procesales aplicables.

El Artículo 19 de la Constitución vigente dispone que todo - auto de formal prisión se debe dictar en el lapso de tres -- días en que se justifique, en el que se expresan : el delito -- que se imputa al acusado, los elementos que constituyen --- aquel, lugar tiempo y circunstancia de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deban ser bastan- tes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable -- la responsabilidad del acusado. En el estudio de los -- requisitos que ha de contener el auto de formal prisión, -- debemos de tener en cuenta que la jurisprudencia de la Corte y los Tratadistas los han dividido en requisitos de fondo y requisitos de forma. Los requisitos de fondo, son de tal manera indispensables, que el Auto de Formal Prisión no --- podrá dictarse si no están satisfechos íntegramente, porque de otra suerte sería violatorio de las Garantías Consagradas en los Artículos 18, 19 y 20 de la Constitución General de - la República. (57)

Tanto del Código Federal de Procedimientos Penales como el - que rige en el Distrito Federal, el Código de Justicia Mili- tar establecen Los requisitos que deben contener el Auto de Formal Prisión. Siguiendo su enumeración, diremos que los -

requisitos de fondo son los siguientes : A).- La comprobación plena del cuerpo del delito; B).- Que el inculpado se encuentre en esta la probable responsabilidad penal, debiendo tenerse presente que el Artículo 13 del Código Penal, dispone que son responsables todos aquellos que toman parte en la concepción, preparación o ejecución de un delito o prestan auxilio o cooperación de cualquier especie, por concierto previo, o inducan directamente a cometerlo, C).- Que al inculpado se le haya tomado su declaración preparatoria, y D).- Que no esté plenamente comprobada alguna de la causa eximente de -- responsabilidad o que no extinga la acción penal.

Los requisitos de forma son aquellos que por tener un carácter accesorio, no son absolutamente indispensables para que el auto de formal prisión se pronuncie, y aún considerando -- la irregularidad en el mandamiento, es fácil suplir las deficiencias por medio del recurso de apelación o por el juicio de amparo directo. Consisten en : a).- El lugar, la fecha y hora exacta en que se dicta ya que, como hemos observado -- al Juez le cuentan los términos de cuarenta y ocho horas y -- setenta y dos horas respectivamente, para tomar al detenido -- su declaración preparatoria y para determinar su situación -- procesal. b).- La expresión del delito imputado al inculpado por el Ministerio Público. Esto tiene por objeto señalar la clasificación técnico legal que ha servido al Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal, a la vez -- que facilitar la defensa del inculpado estableciendo, con -- exactitud, cuales son los hechos punibles que se le atribuyen, c).- la expresión del delito o los delitos por los que deberá seguirse el proceso a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el segundo párrafo del Artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con ello se persigue fijar con claridad lo que va a constituir la materia del proceso, ligado en esta relación jurídica el procesado con los -- órganos punitivos del estado. (58)

Debe tomarse en cuenta que el Ministerio Público, puede dar a los hechos que se persiguen, una clasificación legal distinta de aquella que el Juez comprenda en el mandamiento de Formal Prisión o el de sujeción a proceso, podrán pronunciarse por el delito que aparezca comprobado, aún cuando con ello se -- hubiese cambiado la apreciación legal de que los hechos establezca el Ministerio Público. d).- La expresión del lugar, tiempo y demás circunstancia de ejecución. Esto se refiere a la necesidad que existe de fijar las condiciones y circunstancias en que se cometió el delito para la eficacia en el -- esclarecimiento de los hechos, en relación con las pruebas obtenidas; y e).- Los nombres del Juez y Secretario que autorizan. (59)

Se ha extendido la costumbre de los Tribunales Penales del -- Distrito de dar vista a los Agentes del Ministerio Público, -- adscritos a los Jueces, antes de que el Juez resuelva sobre la Formal Prisión, o sobre la Libertad por falta de méritos, a fin de que emitan su parecer. Esta costumbre viciosa no -- está inspirada en ningún fundamento legal y ha ocasionado que el Ministerio Público se convierta en asesor del Juez señalán -- dole el camino que debe seguir, con menoscabo de la Independencia del Poder Judicial. (60)

Debe tenerse en cuenta que: Sin necesidad de oír la opinión que sustente al representante de la sociedad, el Juez está -- obligado a resolver, en cualquier forma, la situación procesal del detenido y decretar la formal prisión o la libertad -- por falta de méritos, a pesar de las opiniones en contrario -- que el Ministerio Público sustente, que, en caso de inconformidad, tiene expedidos sus derechos para intentar los medios -- de impugnación que procedan en lo que se refiere a los intere -- ses que representan. El análisis de las pruebas y la comprobación de los requisitos de fondo y de forma que el auto de -- formal prisión debe contener, es un acto exclusivamente del -- Juez. El Ministerio Público y la Policía --

----

Judicial sólo intervendrán para aportarle las pruebas necesarias que debe tener en cuenta al hacer la clasificación del delito y señalar los datos que, en su concepto son suficientes para tener comprobada la presunta responsabilidad del inculpado. La jurisprudencia ha sostenido que es necesario que el Ministerio Público pida que se dicte el auto de formal prisión, porque si el órgano jurisdiccional no lo hiciera, incurriría en la sanción que establece la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos; y que una vez que el Ministerio Público ejercita la acción penal, el juez tiene la obligación de pronunciar el auto de formal prisión o la falta de méritos, dentro de las setenta y dos horas.

Los requisitos expuestos, nos exigen como una simple y vana formalidad. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al hablar del auto de formal prisión, de ningún modo quiso referirse a las condiciones de forma. Como expresa Ceniceros : "el auto debe ser motivado en el hecho y en el derecho : lo primero consiste en la existencia de datos o constancias que hagan presumir fundamentalmente que el inculpado es el autor del delito que se imputa y que éste realmente se perpetró; lo segundo, debe consistir en que el delito imputado merezca sanción corporal". (61)

Para imputar a una persona un hecho, es necesario que ésta haya sido la causa productiva o eficiente.

La responsabilidad consiste en la obligación de responder a la imputación. Ambos términos revisten la misma figura del lenguaje. Los hechos no son imputables, cuando podemos responder a ellos.

-----  
 (61) González Bustamante Juan José.-Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano.-Sexta Edición.-Editorial Porrúa México 1976, pág. 183 a 188

**COMENTARIO:** Como la determinación que una persona es responsable penalmente se establece hasta la sentencia, es conveniente no incurrir en la confusión de pretender comprobar la responsabilidad penal desde el auto de formal prisión. La Ley fundamental de los Estados Unidos Mexicanos, se refiere a la existencia de datos bastantes para hacer probable la responsabilidad del inculpado.

Recordemos que en el auto de formal prisión, no se estudia -- íntegramente la prueba sobre la existencia del delito y de la responsabilidad penal del inculpado, porque esto corresponde a la sentencia. (82) Sólo debemos de tener en cuenta al momento de pronunciarlo, la existencia de datos que nos hagan suponer que la persona a quien se imputa el hecho, es responsable, con el objeto de motivar su prisión preventiva la posible responsabilidad debe tenerse por comprobada cuando existen indicios o sospechas que nos hagan presumir, racionalmente, que una persona pudo haber tenido intervención en el delito que se le atribuye. Don Julio Acero, al hacer sus comentarios sobre la probable responsabilidad penal, expresa: --- "Aún se puede opinar que, contrariamente al principio general de que, en caso de duda, debe estarse a lo más favorable al reo, aquí se debe estar a lo más desfavorable; sólo hablará aquí la Ley de una presunta, de una probable responsabilidad que puede acreditarse quizás con los mismos datos que bastaron para la aprehensión. La probabilidad por lo demás no excluye la duda, sino que, por el contrario, la implica. --- Los datos de presunta responsabilidad ni señalan con certeza si lo manifestado es cierto; si ésta quisiera destacarse pretendiendo la seguridad completa, se estaría en el caso no sólo de encausar y enjuiciar, sino que de sentenciar de una vez al individuo; pero no se trata aún de ningún fallo definitivo, único evento para exigir la convicción irrefutable al decidir la suerte del reo, sino únicamente de adoptar una medida de prevención o de procedimiento precautorio; ---

Puesto que con la simple probabilidad la autoriza la Constitución, bastará poco, la existencia de algún elemento de imputación con tal que sea serio y aún contra otros de inocencia, -- debiéndose, a pesar de la duda y aún en razón de la misma en -- esto.

Secretarce la formal prisión en salvaguardia -- de la sociedad.

De esta manera y momento oportuno me -- permito comentar que siendo de la incumbencia del Juez determinar si en su concepto existen méritos suficientes para sospe-- char que la persona a quien se imputa el delito ha intervenido en su comisión, a esta conclusión debe llegar por un medita-- do y racional examen de los datos de cargo que existan en -- su contra o no fundarse en pruebas artificiosas o presuncio-- nes infundadas, deconaturalizando la función que la Ley pone en manos del Juez para el aseguramiento del presunto responsa-- ble, y no debe perderse de vista que el Juez está obligado -- a exponer los razonamientos que haya tenido para la valoración jurídica de la Prueba.

La falta de un estudio cuida-- doso de las constancias procesales o del recargo de trabajo que abruma a las cortes penales de la Ciudad de México, origina que los autos de formal prisión se pronuncien a la ligera, resul-- tando entonces la imposibilidad en el perfeccionamiento de las pruebas y que los procesos concluyan por pedimentos de no --- acusación que formula el Ministerio Público o por sentencias -- absolutarias. (63)

Bien está que se asegura preventivamente al presunto responsa-- ble; pero no debe perderse de vista que el auto que ordena la prisión provisional debe ser motivado, y que no se reputa como tal, el que se funda en datos inciertos o en simples -- conjeturas inspiradas por la primera impresión que reciben los funcionarios judiciales al examinar las pruebas aporta-- das por la Policía Judicial que producen en su ánimo un efecto psíquico en contra del responsable y les crea perjuicios desfa-- vorables para el inculpaado.

La presunta responsabilidad -- penal de una persona debe fundarse, como lo establecían --

Las viejas Leyes Españolas, en la existencia de pruebas semi plenas.

En el auto de formal prisión deben invocarse las disposiciones legales aplicables, y se ordenará que la persona o personas en contra de quienes se sigue la averiguación queden -- formalmente presas, sin perjuicio de que continúen disfrutando de libertad provisional, en caso de haberla obtenido que se les identifique por el procedimiento administrativo adoptado y se pidan informes de los ingresos que hubiesen tenido a la cárcel. Esto es con objeto de saber si se trata de -- reincidentes o delincuentes habituales, a fin de que, obtenidos los testimonios de las sentencias pronunciadas que -- tengan el carácter de ejecutorias, sea posible aplicarles -- las reglas que el Código Penal señala para la reincidencia y habitualidad. En México se ha adoptado un sistema mixto -- para la identificación de los criminales; el procedimiento -- antropológico de Bertillon y el dactiloscópico de Vucetich. (64)

Además se ordenará que el mandamiento de formal prisión se -- notifique a las partes con el objeto de darles la oportunidad de que puedan impugnarlo ante el Tribunal de Segunda Instancia, lo que debe de hacerse en el término de tres días.

También se dispondrá que se expidan y distribuyan las boletas: una para el inculcado, otra para el Director de la -- prisión y la tercera que quedará en el talón del libro de -- boletas de determinación que se lleva en los juzgados, y en acatamiento a lo dispuesto en la fracción XII del Artículo -- 107 de la Constitución Política de la República se enviará -- testimonio autorizado del mandamiento al Director de la -- prisión.

La formal prisión tiene de común con el arresto de carácter

(64) Juan José González Bustamante. -- Derecho Procesal Penal. -- Edit. Porrúa S.A. Méx. 1973 pág. 188 a 191

administrativo o de carácter judicial y con la detención, -- que todas reconocen un estado de privación de libertad, pero diferentes en cuanto al término de su duración y en cuanto a las consecuencias jurídicas que producen. A partir del auto de formal prisión, según lo han establecido algunas ejecutorias de la Suprema Corte, corren los términos constitucionales a que se refiere la fracción VIII del Artículo 20 Constitucional, para terminar los procesos. Dispone dicha -- fracción que todo acusado debe ser juzgado, antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena máxima excede de ese tiempo. Esto quiere decir que si el Juez retarda, la terminación del proceso más allá de los términos señalados, se estará violando dicha garantía en perjuicio del inculpado y que la violación se puede reclamar en el Juicio Constitucional de Amparo, para el efecto de obligar al Juez a que cierre la instrucción y concluya el proceso. (65)

Dictado el auto de formal prisión, debe hacerse saber inmediatamente al inculpado si estuviese detenido, y si lo pidiere, se le ministrará copia autorizada del mandamiento. La identificación que es consecuencia del cambio de situación jurídica, es procedente cuando la persona a quien se imputa el delito tiene el carácter del procesado. Sin embargo, en las -- causas criminales que se tramitan ante los Jueces de Paz, la Ley Procesal del Distrito, dispone que procederá la identificación hasta la sentencia y siempre que ésta sea condenatoria e impugne alguna pena corporal. Se ha discutido si la -- identificación constituye una pena y si resultan violadas, -- en perjuicio del inculpado, las Garantías que consagran los -- Artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La Suprema Corte ha resuelto esta cuestión en sentido contrario considerando que la identificación de los delincuentes no tiene en sí carácter de una pena sino de una

(65) González Bustamante.-Ob. cit. pág. 193.

medida administrativa de orden procesal. También ha resuelto la Corte que en el auto de formal prisión no es necesario hacer la clasificación de los delitos, sea que se trate de delitos -- intencionales o de imprudencia o que concorra alguna modificativa de responsabilidad como el homicidio o las lesiones inferidas en riña, porque esta clasificación es materia de la sentencia. Creemos que no hay necesidad de prejuagar sobre la aprehensión legal que debe darse en el auto de formal prisión se -- prive al inculpado de las garantías que le concede la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues contrariamente a lo que sostiene, si el auto de formal prisión se dicta, *verbi gratia*, por homicidio o lesiones por imprudencia, posteriormente no podrá modificarse dicha clasificación en perjuicio del inculpado cuando se trate de militares, servidores públicos que hayan sido declarados formalmente presos, el Juez deberá -- comunicar su resolución al superior jerárquico del procesado.

La Ley de Responsabilidades Oficiales aplicables a Servidores -- y Empleados de la Federación y del Distrito y Territorios Federales, dispone que, cuando se trate de Funcionarios Públicos -- o empleados con manejo de fondos o cualesquiera otro que desempeñen labores que no puedan abandonar sin causar graves perjuicios o trastornos a los servidores públicos o al interés general, comprobada la existencia del delito que se le imputa si me recieren sanción corporal y aparecieren datos bastantes para -- hacer probable la responsabilidad del funcionario o empleado -- acusado, el Juez que conozca del asunto, deberá dirigirse a la autoridad de quien depende el nombramiento de aquel por medio -- de oficio con inserción de la resolución en que haya decretado(66) la aprehensión del inculpado pidiéndole que lo ponga a su disposición, y que la autoridad deberá acordar de conformidad la ---

-----  
 (66) Semanario Judicial de la Federación.-Tomo XVII Artículos 70 y 72 de la Ley de Responsabilidades, Oficiales aplicables a Servidores Públicos.

petición del Juez dentro del término de veinticuatro horas -- o del que fuere estrictamente indispensable para cubrir en su caso, los servicios que el inculpado tenga a su cargo. Esta disposición deja en manos del superior jerárquico del funcionario o empleado inculpado, resolver sobre la solicitud del Juez o, al menos, demostrarla, y establece una regla excepcional a lo prevenido en las Leyes procesales en el sentido de que dictada la orden de detención por el Juez, se entregará al Ministerio Público para que la cumpla.

El Juez no debe salvar el conducto del Ministerio Público que conforme al Artículo 21 de la Constitución, es el que tiene a su cargo auxiliado por la Policía Judicial, la investigación y persecución de los delitos, y que esta institución una vez que tenga en su poder la orden judicial, es quien debe dirigirse al superior jerárquico del inculpado, tomando por lo pronto las providencias necesarias para que no se sustraiga a la acción de la justicia. También dispone la expresada Ley de Responsabilidades Oficiales, que cuando el Juez -- decreta la libertad del funcionario o empleado, acusado por falta de elementos para dictar su formal prisión, comunicará su resolución a la autoridad de quien dependa el nombramiento para que aquel continúe al ejercicio de su encargo y en caso de declararlo formalmente preso, le transcribirá el auto de formal prisión, para que el funcionario o empleado continúe separado de sus funciones a disposición del Juegado hasta la legal terminación del proceso. (67)

Cuando el Ministerio Público ocurre ante el Juez en el ejercicio de la acción penal que le reserva la Constitución, con-- signa hechos que, según su parecer, tienen el carácter de -- delitos; si establece en su pedimento qué delitos; en su ---

(67) Semanario Judicial de la Federación. -- Ob. cit. Art. 74

concepto resultan cometidos, esto no pasa de ser sino una simple opinión, ya que, en todo caso es al Juez a quien corresponde darles su categoría legal, pero no puede suceder que antes de pronunciarse el auto de formal prisión se descubra que se han cometido otros delitos, distintos o conexos de aquel que ha servido de base a la acción penal. El principio de que la acción penal es única y que comprende a todos los delitos que resulten cometidos, para que los delitos descubiertos puedan incluirse en la misma pena de autos, queda sometido al requerimiento que el Ministerio Público amplíe el ejercicio de la acción penal que se hagan saber al inculcado los nuevos aspectos de la inculpación al rendir su declaración preparatoria, o se amplíe ésta, en el caso de que ya la hubiese rendido. El Juez de Oficio no puede comprender en el auto de formal prisión aspectos o circunstancias que no hayan sido materia de la acción penal porque entraría invadiendo las funciones expresamente reservadas al Ministerio Público; pero si se han cumplido los requisitos expuestos el auto de formal prisión se ocupará de los delitos que hasta el vencimiento del término constitucional hayan quedado comprobados, porque no lo prohíbe el Artículo 19 de la Constitución. (68)

El auto de formal prisión produce para el ofendido el derecho de reclamar que se le restituya en el pleno goce de sus derechos que hubiese justificado plenamente. En los delitos de robo; daño en propiedad ajena, etc., es conveniente que las cosas dañadas o robadas no se entreguen desde luego a las personas que hubiesen justificado su propiedad sobre ellas sino deben mantenerse en poder de la autoridad judicial, por el tiempo absolutamente indispensable para que se dé fe judicial de los daños y se haga el avalúo y descripción de los objetos. Esto tiene importancia, tratándose del delito de robo, para poder fijar su monto y determinar cual es la penalidad aplicable así como para precisar el importe de la reparación del daño la restitución en el goce de los derechos que ha sido privado -

al ofendido a consecuencia del delito, se impone hacerla inmediatamente después de que el delito ha quedado comprobado y se inspira en el más elemental principio de justicia. Los Tribunales están obligados a restituir al ofendido en el goce de sus derechos, después de haberse dictado el auto de formal prisión, y así lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia, porque lo que se persigue como finalidad, es evitar la prolongación del daño que el Agente del delito causa al ofendido y no pueda argumentarse que con esa restitución está anticipando el cumplimiento de alguna sanción, sino que aquella opera a virtud de que el derecho del ofendido no debe continuar perturbado, pues de lo contrario equivaldría a desvirtuar la tutela de la Ley, a pretexto de la condición sub-judice del hecho transgresor.

Las Leyes procesales facultan al ofendido para promover el embargo precautorio de bienes en que va a hacerle efectiva la reparación del daño y proceda intentarlo en el patrimonio del inculcado o en bienes de los terceros, obligados a la reparación, en los términos del Artículo 33 del Código Penal; pero hasta ahora no se ha decidido cuando deben asegurarse precautoriamente los bienes y qué requisitos se han de reunir para que se decrete. -- (89)

El Artículo 35 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, dispone que cuando exista temor fundado de que el obligado a la reparación del daño oculte o enajene los bienes en que deba hacerse efectiva dicha reparación -- el Ministerio Público o el ofendido en su caso, podrán pedir al Juez el embargo precautorio de dichos bienes, y que el Juez lo decretará bajo su responsabilidad, bastando para ello la petición relativa y la prueba de la necesidad de la medida, a menos que él otorgue fianza suficiente, de responder por su importe. Si se trata de embargar bienes del inculcado, será facultad --

-----Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tercera Sala publicado en (89) Semanario Judicial de la Federación.-Remítase a Ejecutoria.- 1215/89 pág. 16.

exclusiva del Ministerio Público solicitar el secuestro con un procedimiento diferente de los secuestros que rigen en el trámite civil y con procedencia del ofendido. No sucederá lo mismo si el embargo se promueve en bienes de los terceros a -- que se refiere el Artículo 32 del Código Penal, porque entonces será el ofendido por el delito, con exclusión del Ministerio Público, quien solicite el embargo, rigiéndose su tramitación por las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles, por constituir esta relación jurídica en el aspecto accesorio del proceso.

El secuestro de bienes es procedente hasta que se diere el auto de formal prisión. Es verdad que las Leyes Procesales en vigor no lo establecen expresamente; pero teniendo en cuenta que es en el auto de formal prisión donde se fija la materia del proceso penal, resulta inconveniente proceder al embargo preventivo de bienes dentro del proceso penal en caso de que el inculcado haya sido puesto en libertad por falta de méritos, dando origen a una situación indecisa. Por otra parte, aún cuando la Legislación vigente no lo exprese, no hay que olvidar los antecedentes Legislativos como medios de interpretación de las Leyes Procesales. El Artículo 374 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito, el 6 de junio de 1894, disponía, al hablar de los incidentes de responsabilidad civil, que la parte civil ya constituida podrá solicitar, desde que se diere el auto de formal prisión o el de libertad bajo caución, el aseguramiento de bienes del procesado que bastan a cubrir el interés demandado, y que el auto de formal prisión o aquel en que se conceda libertad bajo caución, será, para el efecto del aseguramiento únicamente, la prueba bastante de la acción del que lo solicita. (70)

-----  
 (70) Apéndice al Tomo XXXVII del Semanario Judicial de la Federación.-Ejecutoria 1216/39. Semanario Judicial de la Federación. Pág. 16 y 17

Para terminar nuestro estudio sobre el auto de formal prisión vamos a referirnos al mandamiento generalmente conocido con el nombre del auto de soltura. En el procedimiento común -- se le llama también auto de libertad por falta de méritos, -- en cuanto que en el Código Federal de Procedimientos Penales, toma el nombre de auto de libertad por falta de elementos para procesar. Esta resolución procederá dictarla cuando no se hubiesen satisfecho los requisitos de fondo que son indispensables para el auto de formal prisión y sus efectos son -- restituir al inculcado en el goce de la libertad de que disfrutaba antes de su captura. Aquí no se trata de una libertad absoluta, porque el inculcado queda sujeto a las contingencias que surjan en las posteriores investigaciones que se practiquen y que puedan motivar una nueva orden de detención. (71)

El auto de soltura limita la libertad del inculcado, que no puede ser detenido nuevamente, sirviendo de base los mismos datos que tuvo en cuenta el Juez para decretar su libertad -- por falta de méritos. El Artículo 302 del Código de Procedimientos Penales del Distrito, señala cuales son los fundamentos en que debe apoyarse el auto de libertad por falta de méritos y los requisitos que debe contener. Los fundamentos son: a) la falta de comprobación del cuerpo del delito, y b) la falta de elementos probatorios en que se funde la presunta responsabilidad, expresándose en la resolución la fecha y hora exacta en que se dicta, el delito imputado al inculcado, -- por el Ministerio Público y las firmas del Juez y del Secretario que autorizan el mandamiento. La Ley Procesal Penal -- del Distrito Federal, contiene una saludable regla de responsabilización en los casos que tenga que dictarse el auto de soltura por deficiencia en las pruebas provenientes del Ministerio Público o de Agentes de la Policía Judicial. El Juez al pronunciar su resolución deberá señalar las omisiones para que se exija a los funcionarios indicados las responsabilida-

(71) Código de Procedimientos Penales.-Cap. II.-Edit. Andrada. Méx. 1388 pág. 155 a 157

des a que se hubiesen hecho acreedoras. Esta disposición es de poco uso en los Tribunales Penales y sería de desearse que se aplicase a los funcionarios por su descuido, han dejado de asegurarse elementos probatorios valiosos para la marcha de la averiguación.

Como el auto de formal prisión, el auto de soltura es apelable en el efecto devolutivo y la apelación debe interponerse ante el Juez que la dicte dentro de los tres días hábiles siguientes a su pronunciamiento.

Por último debemos hacer mención a la disposición que contiene el Código de Justicia Militar. En el Artículo 520, se previene que las diligencias practicadas hasta el momento de ponerse en libertad por falta de mérito a una persona, quedarán en calidad de averiguación a cargo del Juez, quien deberá practicar todas las que pida el Ministerio Público y el indiciado dentro de un término que no excederá de ciento veinte días pero que si transcurre dicho término sin que aparezcan datos que funden la nueva detención y formal prisión, en su caso, el Juez declarará a petición de cualesquiera de las partes, si hay o no delito que perseguir. (72)

Nos parece inconveniente que el Juez haga esta declaración en término tan perentorio. Es cierto que el auto de soltura no es la única forma procesal para reintegrar al inculcado en su libertad sino que puede ser puesto en libertad absoluta al vencimiento del término constitucional, si ha quedado demostrada plenamente la concurrencia de alguna causa eximente o extintiva de responsabilidad. También lo es que es un atributo de la función jurisdiccional declarar si el hecho que motiva la consignación es o no delito, y que, cuando no tiene los caracteres de tal, debe declararse así en el curso del proceso sin necesidad de llegar a la sentencia.

-----  
(72) Código de Justicia Militar .-Artículo 520

COMENTARIO :

La objeción que se ha hecho por algunos de que la persona que es puesta en libertad por falta de méritos permanece en una situación incierta, es inexata, porque en todo caso, bastará con que se deje de actuar y transcurra el término de la prescripción de la acción penal para que ésta queda extinguida y el Juez está obligado a cumplirla de oficio, sin que sea necesario que el Juez se exponga a una declaración aventurada de que no hay delito que perseguir, que por otra parte, está entre sus facultades hacerlo cuando la eximente de responsabilidad haya quedado plenamente comprobada.

La persona que queda en libertad por falta de méritos no puede decirse que se encuentre arraigada en el lugar del juicio.

Después de habersele reintegrado en su libertad, puede ser nuevamente detenida y declarada en formal prisión, en caso de haberse satisfecho los requisitos legales.

Si en cambio ha sido puesta en libertad absoluta, por concurrir una causa excluyente de responsabilidad decretándose el sobreseimiento, no podrán practicarse con posterioridad nuevas diligencias en averiguación de los hechos, sin menoscabo de la Garantía Consagrada en el Artículo 23 de la Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que el auto de sobreseimiento tiene la misma fuerza legal que una sentencia absolutoria.

C A P I T U L O    I V

MODALIDADES DEL AUTO DE FORMAL PRISION

- 1.- El delito señalado en el Auto de Formal Prisión
- 2.- La clasificación de Delito
- 3.- Variación del Delito en el Auto de Formal Prisión
- 4.- El Delito distinto del que se persigue

MODALIDADES DEL AUTO DE FORMAL PRISION

I.- El Delito señalado en el Auto de Formal Prisión. Para nuestra fortuna, los debates del Constituyente establecen con claridad meridiana que semejante imputación sería calumniosa, que en las dos partes del párrafo segundo Constitucional, -- el autor de nuestra Ley Suprema se refería a dos hipótesis diversas, y que, en tanto al referirse al delito que pudiera aparecer en la acusación de un proceso, emplea el término delito para denominar a los nuevos hechos cuando habla del delito señalado en el auto de formal prisión.

El Artículo 19 del Proyecto de Constitución es idéntico, substancialmente, al de la Constitución de 1857; pero en el proyecto se precisan los requisitos mediante los cuales debe dictarse un auto de formal prisión; así es que la garantía queda mejor definida y asegurada. Además en el nuevo Artículo 19 (1917) se -- prohíbe terminantemente cambiar de manera arbitraria la naturaleza de un proceso; si en el curso de la averiguación se descubre que el delito cometido realmente es distinto del que motivó la incoación de la causa o que, además de ese delito se ha cometido otro, debe abrirse averiguación por separado. Esta reforma es muy conveniente, porque evita que el procesado pudiera quedar sin los elementos necesarios de defensa, si en el curso de la causa se cambiara intempestivamente la acusación que la originó. La Comisión sugiere solamente una enmienda de estilo en la primera parte del párrafo segundo del Artículo, para hacer más claro el concepto. Los hechos señalados en el auto de formal prisión no podrán, indudablemente cambiarse, supuesto "que han sido consumados": La calificación de ellos es lo que podría alterarse; esta idea queda mejor expresada prescribiendo que todo proceso -- seguirá en averiguación solamente del delito o delitos imputados en el auto de formal prisión.

-----

Luego entonces, el Constituyente otorgó al Juez y sólo a él, la facultad de hacer la calificación jurídica de los hechos consignados por el Ministerio Público, en el auto de formal prisión, y únicamente en esa oportunidad procesal. En el ejercicio de esa facultad, el Juez deberá hacer la clasificación del delito imputado con toda precisión, señalando no sólo el tipo genérico que corresponda, sino sus modalidades y las circunstancias agravantes o atenuantes pertinentes. El proceso deberá seguirse forzosamente por ese delito perfectamente individualizado en el auto de formal prisión, si el Ministerio Público no impugna el auto, se verá obligado a formular conclusiones acusatorias o no acusatorias por ese mismo delito, y el propio Juez, y llegado el momento, deberá dictar sentencia, condenando o absolviendo al acusado por ese, y únicamente ese delito.

Por ello, son correctas las ejecutorias de los Tribunales Colegiados de Circuito y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme a las cuales, si el inculcado fué procesado como responsable de un delito intencional, es violatorio de garantías sancionarlo como autor de un delito imprudencial, pues con ello se varía la clasificación del delito (74); así como consecuencia del auto de formal prisión, el proceso se siguió por el delito de violación propia, el Tribunal de Alzada no debió pronunciar sentencia condenatoria por el delito de violación por equiparación, a que se refiere el Artículo 240 del Código Penal del Estado de Jalisco, pues ello implica un incorrecto cambio de clasificación en el delito (75); se violan las garantías al pronunciarse condena por tres delitos cuando en el auto de formal prisión sólo se alude a dos de ellos (76); si se condena al quejoso como autor de modalidades del delito contra la salud que no fueron materia de formal prisión -

(74) Tesis Jurisprudencial.-Tribunales Colegiados pág. 191 (Tesis definida 134, apéndice 1917-1975)

(75) S.J.F., Tesis de Jurisprudencia Definida número 134, Apéndice 1917-1975, Sexta Parte, Tribunales Colegiados, Pág. 193 (Semana Judicial de la Federación)

(76) S.J.F. Séptima Época, Segunda Parte. Vols. 175-180 Pág. 26 A.D. 2952/83, Juan Gutiérrez Galindo. 5 votos.

se violan sus garantías, pues se le deja en indefensión (77) - si el auto de formal prisión se dictó por el delito de desaparición previsto en el Artículo 260 del Código Marcial, y la sentencia recurrida conforme al diverso Artículo 273 del mismo -- ordenamiento legal, dejó al quejoso en estado de indefensión - por lo que es procedente otorgar el amparo (78).

El Juez debe fijar la litis, mediante la clasificación precisa del delito, en el auto de formal prisión. El nombre típico - que el denunciante o el querellante atribuyan a los hechos -- carece de trascendencia y a nadie obliga. Por su parte, el -- Ministerio Público ejerce la acción penal sobre hechos y, si -- bien en su consignación los tipifica bajo un nombre determinado, es ésta una clasificación provisional que el Juez es libre de cambiar en el auto de término. En la misma forma, el -- juzgador puede variar en el auto, la clasificación hecha por -- él mismo en la orden de aprehensión. En este sentido, el -- Código Federal de Procedimientos Penales dispone que el auto -- de formal prisión se dictará por el delito que realmente aparezca comprobado, tomando en cuenta sólo los hechos materia de la consignación y considerando la descripción típica legal -- y la presunta responsabilidad correspondientes.

Si se interpone el recurso de apelación en contra del auto de formal prisión, o del de sujeción a proceso, el Tribunal Superior de Justicia, en la sentencia de segunda instancia, puede cambiar la clasificación del delito, dictando el auto por el -- que aparezca probado (C.F.P.P., Art. 385). Los jueces de -- Distrito, en cambio carecen de esa facultad, y, al conocer el amparo solicitado en contra de un auto de formal prisión, -- no pueden cambiar la clasificación del delito. Así lo ha -- resuelto la Suprema Corte de Justicia en tesis de Jurisprudencia Definida número 38 (Apéndices 1917-1975, Segunda Parte, --

(77) Boletín 1960, Primera Sala Pág. 107

(78) Informe 1971, Primera Sala, Amparo Directo 1256/71, Francisco Barrón Villarreál, 14 de junio 1971

Primera Sala, Pag. 92), que dice: "Auto de Formal Prisión, -- Amparo Contra la Clasificación del Delito. No corresponde - al Juez de Amparo, al resolver el que se interponga contra el auto de formal prisión, el hacer la clasificación de los delitos. (79)

Esta diferencia entre las facultades del Tribunal en apelación y las del Juez de Distrito en amparo se deben a la estructura interna de este último. Al conocer de un amparo pedido en -- contra de auto de formal prisión, el juez debe limitarse a -- indagar si los datos que arroja la averiguación son bastantes para tener por comprobado el cuerpo del delito a que se refiere el auto y la probable responsabilidad, así como a establecer si esa resolución satisface los requisitos de forma que -- establece el Artículo 19 Constitucional. Si el Juez de Distrito llega a concluir que los datos que arroja la averiguación -- no son suficientes para comprobar el cuerpo del delito por el -- cual se dictó el auto, está obligado a declarar que ha habido violación de garantías y a conceder el amparo solicitado. -- Carece de facultades para substituirse a la responsable, re-- clasificar el delito y cambiar el acto reclamado violatorio de garantías por otro auto que sí satisfaga las exigencias del -- Artículo 19 Constitucional.

El Constituyente, al atribuir al Juez, y sólo a él, la facultad de señalar el tipo que corresponda a los hechos imputados al inculcado por el Ministerio Público, aplicó el principio -- general de Derecho Iura novit curia, conforme al cual corresponde al Juez calificar la relación jurídica, es decir, --- determinar la norma que la rige.

El Juez aplica el Derecho con prescindencia, y aún en contra -- de la opinión jurídica de las partes, pues sólo a él corresponde calificar la relación sustancial en litis y determinar la -- norma adecuada.

-----

(79) Jurisprudencia Definida No. 38 Apéndice 1917-1975 Segunda Parte, Ira. Sala pág. 92

Este aforismo está relacionado con otro, de capital importancia en la vida del proceso: *Da mihi factum, dabo tibi ius*, el cual nos recuerda, de manera aún más terminante, que la exposición de los hechos corresponde a las partes, reservándose al Juez el conocimiento y aplicación del Derecho.

Ese principio se encuentra plenamente reconocido por el proceso civil. Los Códigos Procesales de la materia disponen que la acción proceda aún cuando el actor no exprese su nombre, con tal de que determine con claridad la clase de prestación que exige del demandado y el título o causa de la acción (así, por ejemplo, lo dispone el Artículo 2o. del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. (80)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, consagra el principio en la Tesis y Jurisprudencia Definida número 7, publicada en el Apéndice 1917-1985, Cuarta Parte, Tercera Sala, pag. 22, que dice: "ACCION, PROCEDENCIA de las disposiciones legales que establecen la procedencia de la acción, aún cuando no se exprese su nombre, con tal que se determine con claridad la clase de prestación que se exija del demandado y el título o causa de acción, deben interpretarse en el sentido de que el Juez, al resolver la controversia, atenderá a la naturaleza de la acción ejercitada, según se desprende de los hechos narrados sin variar la prestación exigida, ni el título o causa del pedir, sin perjuicio de la facultad del juez para aplicar las disposiciones legales procedentes y no las que equivocadamente hubiera invocado el actor, pues a las partes corresponde alegar y probar los hechos y al Juez, y únicamente a él, la facultad de señalar el delito en el auto de formal prisión.

Una vez firme el auto de formal prisión, no las partes ni el propio Juez pueden ya variar la calificación del delito. La clasificación de los hechos expuesta en el auto que ahora nos

(80) ALSINA, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo II, Segunda Edición, Buenos Aires Adiar Soc. Anon, Editores, 1957, Pág. 246 y sigs. y SENTIS NELSON, Santiago, Iura Novit Curia, Artículo en Enciclopedia Jurídica Omba. Tomo XVI, Buenos Aires, Pág. 937 y sigs.

ocupa puede ser variada en las conclusiones acusatorias del --  
 Ministerio Público, en cuyo caso la sentencia contemplará esta --  
 última clasificación. (81)

Admitir semejante posibilidad implica una doble violación de --  
 las Garantías Consagradas en el Artículo 19, puesto que tal --  
 cambio de clasificación hecho por el Ministerio Público al --  
 formular sus conclusiones no cumpliría con los requisitos de --  
 sujeta- el Juez- y de momento procesal oportuno- el auto de --  
 formal prisión- que exige la Constitución. Esa violación --  
 de Garantías, tendría por efecto dejar al procesado sin defen- --  
 sa ante una acusación que se practica apenas en las conclusio- --  
 nes es decir, justamente el resultado que el Constituyente --  
 trató de evitar mediante el párrafo segundo del Artículo 19.

Al respecto, la Ley de Amparo (Artículo 160, fracción XVI) ---  
 afirma, correctamente, que en los juicios del orden penal se --  
 considerarán violadas las Leyes del procedimiento, de manera --  
 que su infracción afecte a las defensas del quejoso, "cuando --  
 seguido el proceso por el delito determinado en el auto de --  
 formal prisión, el quejoso fuere sentenciado por diverso ---  
 delito."

Pero a continuación, y en párrafo por separado, agrega: "No se  
 considerará que el delito es diverso cuando el que se exprese  
 en la sentencia sólo difiera un grado del que haya sido materia  
 del proceso, ni cuando se refiera a los mismos hechos materia-  
 les que fueron objeto de la averiguación, siempre que, en este  
 último caso, el Ministerio Público haya formulado conclusiones  
 acusatorias cambiando la clasificación del delito hecha en el  
 auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y el quejoso --  
 hubiese sido oído en defensa sobre la nueva clasificación, --  
 durante el juicio propiamente tal". (82)

-----  
 (81) García Ramírez. Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal,  
 México Editorial Porrúa, S.A. 1974 pág. 377

(82) Alsina Hugo.-Ob. cit. pág. 248

Por lo que hace a la primera hipótesis contemplada en el párrafo transcrito debemos decir que, si el delito que se expresa en la sentencia difiere de aquel por el que se dictó el auto de formal prisión, así sea sólo en grado, luego entonces ambos delitos no son idénticos, no son el mismo delito por el cual -- conforme a lo dispuesto por el Artículo 19, debió seguirse forzosamente el proceso.

La Ley de Amparo, de jerarquía inferior a la Constitución, no puede matizar ni graduar los mandatos de ésta. En cuanto a saber si el Juez, en el auto de formal prisión debe clasificar el delito en forma precisa, incluyendo todas las circunstancias atenuantes o agravantes que -- pudieran presentarse, o bien debe hacerlo tan sólo en forma genérica, reservándose para la sentencia la posibilidad de modificar el grado del delito (como afirma el Artículo 160 de la -- Ley de Amparo), debemos recordar que la fracción I del Artículo 20 Constitucional, exige al juzgador que, para conceder o negar el beneficio de la libertad bajo caución, tome en cuenta las -- modalidades del delito que se imputa al acusado. Debemos presumir que las disposiciones constitucionales son congruentes, -- luego entonces, si conforme al Artículo 20 el Juez debe considerar al delito con sus modalidades (con sus grados, si usamos la terminología de la Ley de Amparo), para los efectos de la -- libertad bajo caución, es imposible que, conforme al Artículo -- 19, lo considere sin esas modalidades (grados) para los efectos del auto de formal prisión. (83)

La segunda hipótesis del Artículo 160 de la Ley de Amparo o sea aquella que se presenta cuando el Ministerio Público cambia la clasificación del delito en sus conclusiones, exige una crítica aún más enérgica. Dado que la condena dictada por delito -- diverso del señalado en el auto deja en la indefensión al proceso acusado, la Ley de Amparo cree resolver el problema, e impedir la violación de garantías, afirmando que ello será posible únicamente a condición de que "...el quejoso hubiese sido oído en -- defensa sobre la nueva clasificación, durante el juicio propia

-----

(83) *Alvina Hugo.-ob.cit. pág. 249*

mente tal". Tal condición es de imposible cumplimiento. Ciertamente, el inculpado no ha sido oído en defensa sobre la nueva -- clasificación durante el lapso procesal transcurrido entre el -- auto de formal prisión y las conclusiones acusatorias, puesto -- que en esa etapa procesal, no se ha producido la reclasificación del delito, tampoco le será posible defenderse, después de presentadas las conclusiones acusatorias que reclasifican, contra -- la nueva imputación que se le hace, dado que, en esa etapa procesal, normalmente ya no se le recibirán pruebas. El derecho de defensa no es tal si comprende la posibilidad de ofrecer y -- desahogar pruebas.

No obstante la Suprema Corte ha fundado algunas ejecutorias en -- el Artículo 160, fracción XVI de la Ley de Amparo, diciendo : -- "Clasificación del Delito, Cambio de la, Conclusiones Acusato-- rias. Si el Ministerio Público, al formular conclusiones -- cambió la clasificación del delito y el acusado y quejoso fué -- oído en defensa durante el juicio propiamente tal, el procedi-- miento fué legal y la sentencia que lo condenó por el nuevo deli-- to no es violatoria de garantías", Amparo Directo 1394/1959, -- Enrique Olvera González, Julio 3, de 1959, S.J.F., Sexta Epoca -- Volumen XXV, Segunda Parte, Primera Sala, Pág. 28. (84)

#### COMENTARIO:

La garantía de litis cerrada está destinada a proteger al procesado en los peligros que involucraría la reclasificación del delito en el curso de la instrucción en las conclusiones acusatorias o en la sentencia, verdadera emboscada en la que naufragaría la defensa; pero, en algún caso excepcional, puede servir a un culpable para escapar de la sanción que merece so pretexto -- de que el delito ha sido indebidamente calificado por el Jues.

-----  
(84) en el mismo sentido: S.J.F., Séptima Epoca, Segunda Parte, Vol. 46, pág. 25. A.D. 1423/78, Ciro Manuel Riojas Rodríguez y Julián Valdés Hernández

El Libro de Procedimiento Penal del autor EUSTAMANTE, ----, -- nos comenta.- Se niega a poner en la calle a un delincuente -- aún a pesar de las pruebas palpables de su culpabilidad, sólo -- por un descuido, error o deficiencia del instructor que al -- decretar la formal prisión preventiva no apreció las cosas con- forme al carbón exacto y correcto, impidiendo la condena por -- cualquier otro capítulo de dicho cartabón. Agrega que para -- no llegar a tan desastrosa consecuencia la interpretación racio- nal nos obliga a "entender la disposición del Artículo 19 en el sentido de seguir el proceso y fallarlo por el mismo hecho o -- hechos delictuosos que hayan sido materia de la formal prisión y nunca por otros actos diversos (que son los que deben ser -- motivo de acusación y causa separada); pero sin que esa forzoso sujetarse a la denominación legal que en el auto de referencia se haya dado a los hechos de que se trate, porque esa denomina- ción no es la que determina el material del juicio, ni su varia- bilidad implica cambio de su curso, sino mera mudanza de crite- rio en la apreciación del mismo material".

El mismo razonamiento, y casi con idénticas palabras, hace PE- REZ PALMA, (85) quien afirma: ".....tampoco es posible dejar de sancionar un hecho delictuoso, por una simple clasificación - legal....por ello se ha pensado en una interpretación racional de la palabra delito empleada en los postulados Constitucionales que han quedado mencionados, para que por ella se entienda, no el nombre técnico de la infracción, sino el conjunto de he- chos ilícitos que motivan la acusación".

Todavía comparte esta opinión GONZALEZ BUSTAMANTE (86) diciendo: ".....lo que se prohíbe es la modificación de la sustancia de los hechos y no su apreciación técnico legal".

-----

(85) Pérez de Palma.-Ob. cit. pág. 68

(86) Gonzáles Bustamante Principios de Derecho Procesal Penal - Mexicano, Cuarta Edición México. Ed. Porrúa, S.A. Pág. 181

En el sentido de la opinión de los autores citados, la Suprema Corte, ha dictado jurisprudencia Definida Número 40 Apéndice 1917-1985, Segunda Parte, Primera Sala, Pág. 201 en la que afirma.

2.- *Clasificación del Delito.*

"Para que la clasificación del delito por el cual se dictó el auto de formal prisión pueda variarse en la sentencia, es requisito indispensable que se trate de los mismos hechos delictivos". (87)

COMENTARIO:

Preocupa, en especial a la doctrina, la necesidad de sancionar por homicidio a quien fué declarado formalmente preso por el delito de lesiones, si posteriormente, muere el ofendido a consecuencia de las mismas, cumpliéndose las condiciones establecidas en el Artículo 303 del Código Penal.

Nosotros consideramos que el caso debe quedar correctamente comprometido en la segunda, y no en la primera, hipótesis, del párrafo segundo del Artículo 19. Es decir, la muerte del lesionado, ocurrida en la escuela del proceso, constituye un hecho nuevo distinto del que se persigue, el cual deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después se decrete la acumulación.

-----  
(87) Acero Julio, Procedimiento Penal, Séptima Edición, Puebla Editorial Cajica, S.A. 1978 Pág. 145

Como la Clasificación del delito en el preciso momento de dictar el auto de formal prisión suale ser diftoil, particularmente en los casos de estupro- violación, fraude- abuso de confianza, lesiones- homicidio y aún otros; y como la clasificación definitiva de los hechos no será conocida sino hasta el día en que el Ministerio Público formule conclusiones, la interpretación racional del Artículo 19 Constitucional y, consecuentemente del Artículo 297, debe ser en el sentido de que la palabra 'delito' habrá de ser tomada en su acepción de acto o conjunto de actos delictuosos, y no en el de su sentido literal o de clasificación legal de esos propios actos.

En apoyo de esta interpretación están las prevenciones 2, 3, y 4 del párrafo primero del Artículo 19, que hablan de los elementos constitutivos del lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y de los datos que arroje la averiguación. Frente a la expresión de todos los elementos, la clasificación del delito es prácticamente inútil, puesto que mediante aquellos, queda fijado, con absoluta precisión, el motivo del proceso para que la defensa pueda ser estructurada. (88)

Ante esta interpretación racional, los cambios o las modificaciones en el auto de formal prisión, son totalmente innecesarias, independientemente de que carecen de respaldo legal.

Es costumbre establecida en la mayoría de nuestros tribunales la de vaciar, dentro del auto, la totalidad de las declaraciones obtenidas durante la averiguación previa o durante la incoación del procedimiento; otros jueces, si no vacían materialmente todas esas declaraciones, sí las extraen y las reproducen en parte.

Pero ese no es el espíritu, ni el propósito del Artículo 19.

El Juez, mediante la lectura del expediente y del raciocinio, debe, mentalmente llegar a la conclusión de que el acto o acontecimiento delictuoso de que se trate fue concebido en tal o

-----  
(88) Constitución Política de los E.U.N. -Art. 19 Párrafo IV

qual parte. Podrá y quizá deba mencionar el nombre de las -- personas cuyo dicho le sirva de apoyo a la conclusión a que -- llegue, pero repetimos, no necesita vaciar, ni siquiera extraer -- declaraciones, peritajes y otros datos que arroje la averi- -- guación.

Las declaraciones de los protagonistas o de los testigos, no -- deben ser apreciadas como en las sentencias, siguiendo las re- -- glas establecidas para la valoración de las pruebas, sino vis- -- tas simplemente, desde el punto de vista de las presunciones -- que despierten en el ánimo del Juez, respecto a la culpabilidad -- o responsabilidad en que puede haber incurrido el acusado, des- -- de el punto de vista de su convicción o de su sentir personal.

Como no habrá, pues, necesidad de analizar una por una de las -- declaraciones obtenidas, para establecer su valor probatorio, -- ya que vaciar o extraer declaraciones es un acto inútil, que -- toma tiempo y no conduce a nada jurídicamente necesario o inda- -- pensable para la validez del auto de formal prisión.

Las facultades del juez para cambiar la clasificación legal --- que de los hechos hubiere hecho el Ministerio Público, amerita -- consideraciones por separado. (89)

Si se parte del supuesto de que la palabra delito debe ser to- -- mada en su acepción de un hecho y no de clasificación legal del -- hecho, no habrá problemas, porque el Juez y el Ministerio Públi- -- co estarán acordados en los mismos hechos o en cuanto a la condu- -- ta delictiva del acusado.

Pero si al término del delito se le da la acepción de clasifi- -- cación legal de los acontecimientos delictuosos, entonces si -- puede haber discrepancias de opinión entre el Juez y el Agente -- del Ministerio Público, pues lo que uno considere como abuso --

(89) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. -- Artículo 19

de confianza, el otro lo podrá estimar como fraude o lo que -- para uno constituya violación para el otro será estupro.

La diferencia que existe entre las funciones jurisdiccional y la persecutoria del delito, impide al Juez constituirse en -- acusador o perseguidor de un delito por el que el Ministerio Público no acusa. Y entonces, qué hacer, qué facultad tiene el Juez para cambiar la clasificación provisional del delito de los mismos hecha por el Ministerio Público o el Juez. (89)

Finalmente la comprobación del cuerpo del delito, debe ser -- plena. Si bien la responsabilidad es apreciativa y meramente presuncional, la comprobación del cuerpo del delito, aún para los efectos de formal prisión, debe ser indubitante. No se -- es posible que haya dudas respecto de la existencia del delito para someter a un individuo a prisión preventiva, sino que es indispensable que haya convicción plena.

La comprobación de cuerpo del delito, en el auto de formal -- prisión, se requiere del análisis y de la valorización de las pruebas de conformidad con las prescripciones de este código, de investigación de los medios de que se hubiere valido el -- Ministerio Público para acreditarlo de la verificación del cumplimiento que se haya dado a las disposiciones relativas a la comprobación del cuerpo del delito es decir, de la existencia misma del delito, debe ser indubitante.

En lo que hace al cambio de la clasificación del delito la -- propia Suprema Corte, ha establecido normas distintas. En -- principio el juez no está facultado para rebasar la acusación que hubiere hecho el Ministerio Público o bajo el pretexto de nuevo concepto del mismo imponer una pena mayor que la pedida. He aquí algunas ejecutorias: "El órgano jurisdiccional no puede sancionar atendiendo a situaciones más graves que las consi-  
deradas por el Ministerio Público"

"Si el Juez rebasa los límites del pedimento acusatorio cambiando los términos en que el Ministerio Público haya ejercitado la acción penal, viola el Artículo 21 Constitucional, y el amparo debe de concederse para el efecto de que el Juegador diere nueva sentencia".

"Si en las conclusiones acusatorias del Ministerio Público, sólo pidió que se aplicara la pena que se refiere al robo simple, la autoridad judicial no puede ir más allá de esas conclusiones pues se convertiría en Juez y parte."

"El Juegador sí puede clasificar el delito derivado de los mismos actos y omisiones que motivaren la persecución, en términos favorables al acusado, declarando como delito en grado tentativo en lugar de consumado, y disminuyendo la pena, de modo tal que en lugar de causar agravio produzca beneficio, y esto no puede ser motivo de reclamación". (90)

Esta última ejecutoria es de singular importancia y la que resume los problemas que pueden derivar de un cambio en la clasificación del delito por el que hubiere acusado en definitiva el Ministerio Público. Si el cambio que se opere tiende a favorecer al acusado mediante una disminución de la pena, el cambio en la clasificación es legítimo, legal y justo; pero si por el contrario habrá de ser base para el aumento de la pena resultará de manera anticonstitucional.

-----

(90) Rafael Pérez de Palma, Guía de Derecho Procesal Penal. Primera edición, Editorial Cárdenas, México 1975, pág. 267 a 290 y 318 a 320.

3.- El Delito distinto del que se persigue

"Todo proceso se seguirá forzadamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusación separada, si fuere conducente". (Constitución Política de los E.U.M.)

Esta disposición obra del Constituyente de 1917, pues no tiene antecedentes en los textos constitucionales del siglo pasado. En ella se concede al procesado la garantía consistente en --- que el Juez, en el auto de formal prisión, fijará la litis; es decir, determinará la materia del proceso, la cual no podrá ser posteriormente cambiada. Tal garantía reviste un doble aspecto. Conforme a ella, el auto de formal prisión debe precisar los hechos que se imputan al procesado y la clasificación jurídica que al juzgador atribuye a esos hechos, (es decir, su número y jurisdicción). En efecto, el párrafo a estudio hace referencia a -- dos delitos; el señalado en el auto de formal prisión y aquel - otro que pudiera aparecer en la secuela del proceso, la correcta interpretación del texto ha de demostrarnos que, en la ---- segunda hipótesis, el constituyente llama delito a los hechos - ilícitos que se imputan al procesado, y, en la primera, emplea el término delito para designar la clasificación típica de esos hechos. (91)

Esta doble garantía de seguridad jurídica tiene por objeto fijar la materia de la litis a fin de hacer posible la defensa -- del procesado. Si la Constitución no exigiera que en el principio del proceso, se determinara con precisión cuáles son los hechos que se imputan al acusado, y cuál es el tipo penal que - configuran, el contenido procesal no tendría márgenes ni límites.

-----  
(91) obra cit.

Constitución Política de los E.U.M.  
Art. 19 y relativo.

Cualquier cuestión podría traerse a juicio, y el inculpado -- quedaría huérfano de toda posibilidad de defensa ante semejan-  
te acusación amorfa y omnioomprensiva.

*Sentencias Penales.* - Si condenan por un delito del que no fue materia de acusación, privan de defensa al procesado y violan las garantías que consagra la fracción IX, del Artículo 20 -- Constitucional, debiendo en tal caso concederse el amparo estrictamente a los términos de la acusación del Ministerio Público. (92)

El estudio de las cuestiones que suscita al tema que nos ocupa se facilitará si, alternando el orden del texto Constitucional, estudiamos, en primer término, el delito que pudiera aparecer en la secuela del proceso. Por tal delito, repetimos el Constituyente se refirió a los hechos que pudieran resultar probados en la causa con posterioridad al auto de formal prisión.

Conforme a lo dispuesto por el Artículo 19 Constitucional el Juez no podrá conocer de esos hechos. Si el Ministerio Público los estima delictuosos deberá iniciar nueva averiguación previa de la cual podrá resultar nuevo ejercicio de la acción penal, sin perjuicio de que después pueda deartarse la acumulación si fuera conducente. Tal disposición es íntegra de una manera tan lógica y congruente con el restante sistema procesal penal constitucional que, aún si no existiera el texto a estudio, podríamos válidamente deducirlo de otras normas constitucionales.

- 
- (92) Tomo XXXI pág. 1451, Marboto Juan N.  
 Tomo XXXI, pág. 701, Avila Nieves, J. C.  
 Tomo XXXI, pág. 528 Morales Martínez Eduardo  
 Tomo XXXI, pág. 1434, Vega Soriano Luis  
 Tomo XXXI, pag. 82 Rfoa Evangelina Ciriano

*Sentencias Penales - Texto Jurisprudencia.* - Suprema Corte.

En efecto: El Juez no podría conocer de hechos que aparecen con posterioridad al auto de formal prisión, y respecto a los - cuales el Ministerio Público no ha ejercido la acción penal, -- sin violar el monopolio que a este último otorga el Artículo 21 Constitucional, semejante enjuiciamiento de hechos posteriores al auto violaría igualmente el derecho del procesado de que se le haga saber, en audiencia pública y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a - fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y - pueda contestar el cargo mediante su declaración preparatoria - (Artículo 20, Fracción III Constitucional); por último, al pro- cesar a un individuo por hechos que han llegado a conocimiento de la justicia con posterioridad al auto de formal prisión, se violarían en su perjuicio las garantías que le concede el pá- -- rrafo primero del propio Artículo 19 Constitucional, pues re- -- sulta evidente que semejantes hechos no podrían constituir el - delito imputado al acusado en dicho auto, ni tampoco es posible que coincidieran los elementos constitutivos de ambos delitos, ni el lugar, tiempo y circunstancias de su ejecución. (93)

#### COMENTARIO:

De lo expuesto, pues, resulta que la parte final del párrafo -- segundo del Artículo 19 Constitucional, al afirmar "Si en la -- secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito - distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusación -- separada..." emplea la palabra delito en el sentido de hechos delictuosos y dispone que los hechos distintos de los señalados en el auto de formal prisión deberán ser objeto de acusación -- separada. A contrario sensu, en el mismo proceso el Juez podrá conocer, única y exclusivamente, de los mismos hechos que queda non individualizados en dicho auto.

(93) Amparo 1980/71, Informe 1971 Primera Sala

COMENTARIO:

Las palabras textuales del constituyente y la estructura y finalidad de las garantías individuales nos obligan a criticar los acuerdos criterios doctrinales y jurisprudenciales expuesto. El hecho de que la aplicación puntual y respetuosa de las garantías individuales pudiera excepcionalmente producir una consecuencia que estimamos injusta, no es argumento válido para interpretar el texto Constitucional en forma de rogatoria. Ningún malabarismo puede borrar las palabras textuales del Constituyente, --- que anteriormente transcribimos y conforme a las cuales es la -- calificación de los hechos en el auto de formal prisión la que -- no puede alterarse.

A idéntico conflicto puede llevarnos la aplicación de otras garantías. No cabe duda, por ejemplo que algunos delincuentes -- escapan a la acción penal porque las autoridades no pueden atormentarlos para arrancarles la verdad, y , en algún caso excepcional, en non bis in idem puede servir de escudo a un delincuente contra las pruebas de su culpabilidad tardíamente encontradas. -- No obstante, los estados democráticos modernos consagran los -- derechos humanos del procesado penal en su legislación positiva, como única solución contra los abusos que prevalecieron bajo el procedimiento inquisitorial, y aceptan como contrapartida la --- posible situación límite en la cual la garantía protege al culpable. Si no estamos dispuestos a pagar ese precio tendremos -- que optar por la solución contraria, consistente en derogar --- todas las garantías y otorgar carta blanca al Estado para que -- persiga a aquellos a quienes atribuya la comisión de un delito, sin poner límite ni cortapisa alguna a su actuación.

Con ese método, oíertamente, será mayor el número de culpables sancionados, pero las fauces de esa justicia draconiana devorarán también a muchos inocentes.

*El único resultado cierto es que, por ese camino, haríamos retroceder siglos al Derecho Mexicano.*

## C A P I T U L O V

### CONSECUENCIAS DE LA VIOLACION AL AUTO DE FORMAL PRISION

- 1.- *El punto de vista Realista y el punto de vista Idealista respecto a la acumulación.*
- 2.- *Delitos sexuales, rapto y estupro.*
- 3.- *Acumulación y tesis relacionadas con la misma.*
- 4.- *Incesto y violación.*

I.- EL PUNTO DE VISTA REALISTA Y EL PUNTO DE VISTA IDEALISTA CON RESPECTO A LA ACUMULACION.

A fin de que se tenga un conocimiento más claro y preciso respecto de los delitos que se presentan dentro de la secuencia del procedimiento, me es pertinente señalar en este Capítulo último, figuras jurídicas que encuadran directamente al debate que nos ocupamos, para ello, hago un estudio comparativo procesal de ellos con sus fases, caminos, etc., haciendo la distinción entre las mismas a fin de evitar un delito distinto del que se señala y distinto del que se persigue, en la inteligencia de no causarle perjuicio alguno al procesado en la última etapa procesal, la cual lo dejará en total estado de indefensión, conforme a estos principios nuestro Código Penal, distingue claramente la solución que corresponde para los casos en que haya que penar varios delitos (varias conductas), y la que corresponde al caso en que una conducta (un delito) resulta típica de varios tipos penales.

Cuando un sujeto comete un delito, se le aplica una pena; si comete varios delitos se le aplicarán varias penas. Por otra parte cuando hay una conducta habrá un delito y cuando haya varias conductas habrá varios delitos. Por ende, a una conducta corresponde un delito y una pena y a varias conductas varios delitos y varias penas. (94)

En la acumulación real o concurso material de delitos se produce la acumulación ideal o concurso formal es que con una sola acción u omisión se originan diversas violaciones a las normas penales.

Respecto a este criterio jurisprudencial se puede comentar que procede la acumulación de dos o más procesos que se sigan contra una persona que ha cometido diversos delitos independientemente que se hayan realizado con una sola acción u omisión o con varias.

(94) Semanario Judicial de la Federación Vol. XV y XVIII pág. 9 - 14 y 15

Estas consideraciones precedentes que se han formulado desde --- el ángulo del realismo en que nos hemos colocado a lo largo de todo el planteo: desde el punto de vista la circunstancia de que varios tipos penales le asignen a una misma conducta, porque no es el tipo el que crea la conducta, sino el que simplemente revela el desvalor que no puede alterar el objeto porque si lo altera estará devalorando algo distinto del objeto que lo motivó a realizar esa conducta.

Desde el punto de vista idealista la cosa es diferente porque puede llegar a sostenerse que los tipos crean las conductas y -- que en el concurso ideal hay una conducta y hay varios delitos. Siendo ello así, no se justifica la diferente solución de ambos supuestos. Esta solución idealista olvida que no son las calidades de un objeto las que multiplican el objeto. Con toda razón se ha dicho que es un caballo que tiene dos calidades. (95)

Encontrando tesis relacionadas con la acumulación señalan estas que, con independencia de la intención criminal, debe atenderse a la autonomía de los actos ilícitos realizados, siendo totalmente incongruente, jurídicamente, hablar de absorción de un -- tipo por otro, cuando los elementos descriptivos de las figuras delictivas, contemplados por ambos tipos, son totalmente diversos.

Con la acumulación procesal se van a reunir en forma material - varios expedientes bajo la dirección de un sólo Juez, quien dará solución en una sólo sentencia y en forma congruente a los -- diferentes procesos acumulados.

El Maestro Eugenio Raúl Zaffaroni señala : "Es conveniente se -- reglamente la separación de procesos cuando la acumulación se -- siga en contra de varias personas, ya que en estos casos existe

----

(95) Manual de Derecho Penal.-Eugenio Raúl Zaffaroni.-Edif.Cárdenas.-México 1988, pág. 666 a 669

La posibilidad de que pudieran presentar situaciones con las --  
 cuales se llegara a afectar el interés social o de alguno de --  
 los denunciados; se puede presentar muchas veces la situación --  
 de que cuando existen varios presuntos responsables de un hecho --  
 delictuoso y sujetos a prisión preventiva, alguno o algunos de --  
 los acusados demuestran en forma rápida su inocencia o su poca --  
 responsabilidad, incluso se puede pensar, que con la detención --  
 sufrida ya compurgó su conducta sin embargo se tiene que espe--  
 rar a que concluyan todas las averiguaciones, incluso aquellas --  
 diligencias que promuevan los denunciados, que en muchas oca--  
 siones son artimañas para alargar los procesos acumulados y --  
 estar en condiciones de que se las sentencie conjuntamente". --  
 (98)

## II.- DELITOS SEXUALES: RAPTO, ESTUPRO Y ATENTADOS AL PUDOR.

El Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero --  
 Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, nos --  
 señala con relación a estos dos delitos conceptos que indican --  
 la independencia de los mismos con base a estar integrados por --  
 elementos distintos y por tanto no se absorben.

El rapto refiriéndose al apoderamiento de una persona por medio --  
 de violencia física o moral o del engaño para satisfacer algún --  
 deseo erótico sexual o para casarse, en su defecto no utilizan--  
 do los elementos anteriores pero ésta fuere menor de dieciseis --  
 años se aplicará la pena señalada en el Artículo 267 del Código --  
 mencionado.

En relación al delito de atentados al pudor, el Artículo 260 del --  
 ordenamiento antes mencionado, dice:"al que sin consentimiento --  
 de una persona púber o impúber, o con consentimiento de esta --  
 última, ejecuta en ella un acto erótico sexual, sin el propósito --  
 ---

directo o inmediato de llegar a la cópula, se la aplicará de -- tres días a seis meses de prisión". (97) No obstante que -- al acusado haya tenido un sólo propósito o sea el de consumir -- un acto erótico sexual, no por ello el rapto absorbe al delito de estupro supuesto que las dos figuras delictivas se integran con elementos diferentes, y por ello el legislador los destaca en forma independiente: libertad y seguridad sexuales en el estupro, máxime que, en forma abstracta, existe la posibilidad de que el estuprador realice su finalidad erótica del contacto sexual sin separar del ambiente familiar a la mujer, a uno --- controlado por él y, a la inversa, cabe la posibilidad de que -- al autor lo muevan intereses diversos que, con el casamiento -- pueda alcanzarlos; consecuentemente, si, en la especie, el --- acusado se lleva a su novia con un propósito erótico o para -- casarse, en el momento de la segregación consumó rapto, y al -- instante de realizar el yacimiento, mediante promesa de matrimo nio consumó estupro.

Es inexacta la afirmación de que el rapto subsume al delito de estupro, ya que se trata de figuras (dos) delictivas con presu- puestos distintos, pues en tanto que en el rapto los elementos -- esenciales del delito son : el apoderamiento de una persona, -- retención o su desplazamiento llevándola a un medio controlado por el raptor y en esta forma, segregándola del ambiente fami- liar en que antes vivía, ejerciendo para ello violencia física o moral o por medio del engaño; tratándose del estupro el suje- to tiene como finalidad primordial, la realización de la cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta y obteniendo su consentimiento por medio del engaño; por lo que es de con- clusión que el rapto no absorbe al delito de estupro, por cuan- to a que no es el único medio idóneo para la realización de tal ilfeto, ni siquiera se puede considerar un medio sino que se -- integra en todo caso un concurso de delitos como también podrá ---

(97) Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal Ed. Andrade. Cap. Delitos Sexuales Art. 200

hablarse con raptó y violación; raptó y atentado al pudor o simplemente sin tal concurso integrarse el raptó.

Podemos comentar: que se trata de un concurso material de delitos que debe dar lugar a la acumulación de procesos. por lo que este caso presenta la acumulación, pues a una persona se le puede estar siguiendo proceso en un juzgado por el delito de estupro y en otro por el de raptó, resultando conveniente solicitar y declarar procedente la acumulación de esos procesos.

De nuestro último comentario resulta pertinente mencionar el --- punto dos referente a :

### III ACUMULACION Y TESIS RELACIONADAS CON LA NISNA.

Aunque la acumulación tiene por objeto que los juicios que se acumulan se resuelvan en una sola sentencia para evitar resoluciones contradictorias, no por ello dichos juicios pierden su individualidad cuando el recurso de revisión no se hace valer en todos, sino sólo en algunos de los juicios acumulados, la materia de la revisión ha de circunscribirse a estos últimos; sin que para ello obste que por algún motivo proceda a ordenar la reposición del procedimiento, hipótesis en la cual tal reposición debe referirse exclusivamente a los juicios acumulados en que se interpuso el recurso de revisión.

Esta tesis jurisprudencial señala que cada proceso acumulado conserva su individualidad lo cual es lógico, ya que la dependencia que se da con los otros procesos acumulados es para evitar el peligro de fallos contradictorios porque unos Jueces calificaran las conductas delictivas bajo unas circunstancias y otros Jueces las estimarían de otro modo por lo que si se promueve el recurso de revisión únicamente se debe limitar a esa,

-----

**COMENTARIO:**

Conforme a lo apuntado respecto de la acumulación es importante también mencionar que en el caso de que cada delito que se presente dentro del concurso (de delitos); debe ser motivo de acusación por parte del Ministerio Público, como otra de las facultades inmensas en esto independientemente de la que tiene para promover la acumulación, y en su oportunidad el auto de formal prisión correspondiente, debe dictarse haciendo alusión debido a cada uno de los delitos; pues de esta manera con la aplicación técnica jurídica exacta, evitaremos que se presente alguna irregularidad que se agrave la situación jurídica durante la secuela del proceso al procesado.

El Artículo 19 del Código Penal vigente declara la inexistencia de la acumulación cuando los hechos constituyen un delito continuo (delito permanente) o cuando en un sólo acto se violan -- varias disposiciones penales. Oportunamente distinguimos -- al concurso aparente de normas del concurso ideal ya que si -- bien en ambos aparece una concurrencia de normas, en el primero las normas no son incompatibles entre sí y por ello la aplicable excluye a las demás, en tanto que en el segundo existe -- compatibilidad entre los mismos, lo que origina un auténtico -- concurso, y son elementos o requisitos:

- a).- Una conducta (acción u omisión)
- b).- Una pluralidad de delitos
- c).- El carácter compatible entre las normas en concurso

En cuanto al concurso material de delitos únicamente tiene relevancia en virtud de la necesidad de una sola condena para los efectos de la aplicación de la pena, el Código Penal en su -- Artículo 18 dice: 'hay acumulación, siempre que alguno es juzgado a la vez por varios delitos ejecutados en actos distintos -- si no se ha pronunciado antes sentencia irrevocable y la acción para perseguirlos no esta prescrita.

Para continuar con un mejor entendimiento respecto a la acumulación en las siguientes hojas continuaremos con su estudio.

*Inconformidad y la resolución que se surte efectos únicamente en el proceso que se revisa. (98)*

*Para el caso de la acumulación en relación a la justicia militar, si en el caso, con un sólo acto se violan varias disposiciones penales que señalen penas diversas, de conformidad con el Artículo 146 del Código de Justicia Militar, se debió imponer únicamente la pena correspondiente al delito mayor, considerando la otra violación como agravante.*

*Además de lo relatado anteriormente, es importante mencionar - que podrán promover la acumulación:*

*EL MINISTERIO PUBLICO  
OFENDIDO O SUS REPRESENTANTES  
EL PROCESADO Y SUS DEFENSORES*

*Si los procesos se siguen en el mismo Tribunal, la acumulación podrá decretarse también de oficio; y en este caso no habrá - substanciación.*

*Para conocer de todos los procesos que deban acumularse, si se siguen en diversos Juzgados, como lo hablamos mencionado, ante el Juez que fuere de mayor categoría, si todos fueren de la misma, el que conociere de las diligencias más antiguas; y si estas hubieren comenzado en la misma fecha, el que conociere - del delito más grave. Si los delitos son iguales, será competente el Juez o Tribunal que elija el Ministerio Público.*

*La acumulación deberá promoverse ante el Juez que, conforme al Artículo 489 del Código de Procedimientos Penales sea competente para conocer de todos los procesos el incidente a que de - lugar, se substanciará por separado. (99)*

*(98) Tesis de Jurisprudencia Definida No. III 1917-1985. Cuarta Parte, Tercera Sala. pág. 67 y 68*

*(99) Código de Procedimientos Penales.-Obra del D.F. Ed. Andradé.- Artículo 489*

Promovida la acumulación, el Juez oír a los interesados en audiencia verbal, que se verificará dentro de las cuarenta y ocho horas, y sin más trámite resolverá dentro de los dos días siguientes exponiendo las razones que le servirán de fundamento.

Decretase o no la acumulación, el auto sólo será apelable en el efecto devolutivo, debiendo interponerse el recurso en el acto de la notificación.

Si se decretare la acumulación y los procesos estuvieren en diferentes Juzgados que dependan del mismo Tribunal Superior, el Juez que hubiere hecho la declaración pedirá al otro las diligencias practicadas, por medio de oficio en que se expresarán las causas que fundamenten la acumulación.

Si alguno de los Juzgados no dependiere del mismo Tribunal el proceso acumulable se pedirá por exhorto; recibido el oficio se oír a las partes en audiencia verbal, que se verificará dentro de las cuarenta y ocho horas. Dentro de los dos días siguientes, el Juez resolverá lo conveniente.

Si la resolución fuere favorable a la acumulación, el Juez requerido remitirá desde luego al proceso y los procesados que estuvieren a su disposición, al Juez requirente; en caso contrario contestará el oficio exponiendo las razones que tuviere para rehusar la acumulación.

Sea el Juez que acceda o rehuse, el auto será apelable en el efecto devolutivo, debiendo interponerse el recurso dentro de las veinticuatro horas, si el Juez requirente, en vista de las razones expuestas por el requerido, se persuadiese de que es imprudente la acumulación, decretará su desistimiento y lo comunicará al otro Juez y a las partes. (100)

-----

(100) Código de Procedimientos Penales.-Ediciones Andrade.- México 1988. Cap. IV Acumulación Sección Primera.-Pág. 189 a 199

Promovida la acumulación, el Juez oírà a los interesados en audiencia verbal, que se verificarà dentro de las cuarenta y ocho horas, y sin más trámite resolverà dentro de los dos días siguientes exponiendo las razones que le servirán de fundamento.

Decretese o no la acumulación, el auto sólo será apelable en el efecto devolutivo, debiendo interponerse el recurso en el acto de la notificación.

Si se decretare la acumulación y los procesos estuvieren en diferentes Juzgados que dependan del mismo Tribunal Superior, el Juez que hubiere hecho la declaración pedirá al otro las diligencias practicadas, por medio de oficio en que se expresarán las causas que fundamenten la acumulación.

Si alguno de los Juzgados no dependiera del mismo Tribunal el proceso acumulable se pedirá por exhorto; recibido el oficio se oírà a las partes en audiencia verbal, que se verificarà dentro de las cuarenta y ocho horas. Dentro de los dos días siguientes, el Juez resolverà lo conveniente.

Si la resolución fuere favorable a la acumulación, el Juez requerido remitirá desde luego el proceso y los procesados que estuvieren a su disposición, al Juez requirente; en caso contrario contestará el oficio exponiendo las razones que tuviere para rehuar la acumulación.

Sea el Juez que acceda o rehuse, el auto será apelable en el efecto devolutivo, debiendo interponerse el recurso dentro de las veinticuatro horas, si el Juez requirente, en vista de las razones expuestas por el requerido, se persuadiese de que es imprudente la acumulación, decretará su desistimiento y lo comunicará al otro Juez y a las partes. (100)

-----

(100) Código de Procedimientos Penales.-Ediciones Andrade.- México 1988. Cap. IV Acumulación Sección Primera.-Pág. 188 a 199

Si el Juez que solicita la acumulación insistiere en ella, no obstante las razones que en contrario expusiere el Juez requerido así se lo comunicará, y ambos remitirán los incidentes, con testimonio de las actuaciones que sean conducentes, al Tribunal que deba dirimir el incidente.

Nunca suspenderán los Jueces la instrucción con motivo del incidente sobre la acumulación, aún cuando el Tribunal de competencia hubiere de decidirlo; pero concluida la instrucción, suspenderán sus procedimientos hasta que aquella se decida.

#### IV.- INCESTO Y VIOLACION

El incesto también dentro de los delitos sexuales impondrá una pena para los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes; se aplicará esta misma sanción en caso de incesto entre hermanos. (101)

Se equipara a la violación y se sancionará con las mismas penas la cópula con persona menor de doce años o que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa.

Asimismo, al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicará prisión y si la persona fuere impuber como anteriormente se mencionó la pena será mayor; así como la cometida con intervención directa o inmediata de dos o más personas.

El delito de incesto y de violación son figuras autónomas, sin que alguna de ellas rechace a la otra, aunque ambos illictos se ejecuten en un sólo hecho verificado en un sólo acto.

----

(101) Código Penal para el D.F. en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal.-Artículos 260 y 272

Es correcta la postura que considera posible la coexistencia -- de los delitos de incesto y violación, porque no es un elemento indispensable del incesto el consentimiento pleno de la persona con quien se tiene relaciones sexuales, ni ésta tiene que ser necesariamente copartícipe, puesto que un sólo pariente puede ser culpable y el otro no, al tener aquél relaciones sexuales con éste contra su voluntad, con voluntad viciada o situaciones en que no puede prestar el consentimiento. Por consiguiente -- una cosa es que nadie puede tener relaciones sexuales sólo ya -- que decir relación es referirse siempre a otro, y otra, que -- para que el incesto exista tengan forzosamente que cometer el -- delito de dos parientes objeto de la relación sexual, pues ya -- se vió que puede haber tales relaciones entre parientes y uno -- sólo ser culpable del delito de incesto.

Este criterio jurisprudencial se refiere a la acumulación de -- delitos únicamente se menciona para determinar cuando coexisten ambas figuras delictuosas.

Cabe mencionar que la cópula sexual es aquella en que intervienen el órgano sexual masculino, pues es el único que carnalmente puede unirse o acoplarse en otra persona, por lo que el sujeto activo de la cópula sólo puede ser el hombre y nunca la -- mujer, aunque esta introduzca sus falanges o cualquier objeto -- en los orificios naturales del ser humano, en cuyo caso podrá -- existir el delito de atentado al pudor, aunque esto no es impedimento para considerar a que la mujer pueda ser responsable -- del delito de violación cuando aparezca como partícipe. La -- cópula sexual a la que se refiere la Ley, consiste en la penetración del miembro sexual masculino en cualquier orificio --- del cuerpo de la otra persona, siempre y cuando esté viva, pues de lo contrario no existe lesión a la libertad sexual, ni a la seguridad sexual, ni al normal desarrollo sexual; más no por -- esto la conducta será ilícita, en virtud de que cuando el objeto del delito es un cadáver, se comete el ilícito previsto y --

sancionado por el Artículo 281 fracc. II del Código Penal que dispone: Al que profana un cadáver o restos humanos con actos de necrofilia y; si los actos de necrofilia consisten en la realización del coito, habrá prisión. (102)

El miembro masculino puede penetrar en varios orificios naturales del cuerpo y a saber existen varios tipos de cópula: vaginal, anal y oral, primeramente hay que señalar que surge el problema de precisar de qué tipo ha de ser la cópula para que constituya la violación. En cuanto a la cópula vaginal no existe duda alguna, pues es la natural e incluso de la que pueden resultar hijos que se toma en consideración para efectos de la reparación del daño. La cópula anal también es idónea para cometer el delito toda vez que el Artículo 285 del Código Penal determina que el sujeto pasivo lo puede ser persona de cualquier sexo, como el hombre, en cuyo caso la introducción del miembro masculino sólo puede ser por el orificio anal o el bucal en cuanto atañe a la cópula oral, primeramente hay que señalar que la boca es el orificio idóneo para la introducción del miembro viril y, en segundo término, que tradicional, histórica y culturalmente el concepto de violación se ha desenvuelto con motivo de que el hombre quien por naturaleza posee fuerza física, utiliza dicha fuerza para someter corporalmente a otro a efecto de obtener satisfacción sexual mediante la introducción de su miembro en cualquier oficio natural que pueda proporcionar dicho placer y puede ser precisamente la boca de aquí que la cópula oral sea una forma de realizar la conducta del delito de violación.

Se plantea además, con motivo de la cópula oral, si la mujer puede ser sujeto activo de la violación cuando por medio de la fuerza física o moral se introduce en la boca el miembro viril de un hombre o bien lo hace con un menor de doce años,

-----  
 Garafía Haynes.-  
 (102) Código Penal Mexicano.-Tomo III, 2da. Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1974 pág. 248 y 249

con una persona que puede resistir la conducta o con una persona que no pueda voluntariamente producirse en sus relaciones sexuales. (103)

Cabe comentar que ese hecho no es constitutivo de violación por que creemos que el concepto de violación culturalmente es entendido como el no respetar algo sagrado; culturalmente tenemos la convicción de que nuestro cuerpo es el sagrado recinto del espíritu, implica entrar a él en forma indebida, como lo es en la ópula vaginal, anal u oral no permitida. Violación y profanación son conceptos que en ocasiones se utilizan simbólicamente en el mismo sentido. Por estas razones somos partidarios de que cuando la mujer obliga al hombre o se vale de determinadas situaciones para realizar 'fellatio in ore', no existe delito de violación sino el de atentado al pudor a que se refiere el Artículo 260 del Código Penal o el de corrupción de menores del Artículo 201, si dado el caso, el hombre es impuber. La figura delictiva de violación se creó con el objeto de proteger al cuerpo humano de las penetraciones del miembro viril no consentidas libremente.

El Maestro Licenciado Mario Alberto Torres López del INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES, nos dice: "que la ópula existe por el simple hecho de la penetración, aunque sea en forma parcial, con independencia de que sea momentánea o dure algún tiempo". Por las mismas razones no es necesaria la eyaculación y es intrascendente analizar los casos en que ella se realiza dentro o fuera de la cavidad del sujeto pasivo.

Se afirma frecuentemente que el bien jurídico intentado en la violación es la libertad sexual la cual traduce en la facultad que tienen las personas para mantener relaciones de cualquier tipo con quienes deseen y en la forma y términos que les plazca.

-----  
García Maynez.-  
(103) Derecho Penal Mexicano.-Ob. cit. pág. 261

Esa afirmación merece ser revisada de acuerdo con la clasificación que se ha realizado.

- 1.- Cópula por medio de la violencia física o moral.
- 2.- Cópula con persona que no está en posibilidad de resistir el acceso carnal.
- 3.- Cópula con persona menor de doce años o que no está en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales.

De la interpretación sistemática de todas estas disposiciones y de los Artículos 265 y 266 del Código Penal y tomando en consideración que lo que no se sanciona está permitido, afirmamos lo siguiente (104):

- A).- Los púberes menores de doce años tienen libertad sexual para realizar con quien les plazca actos erótico-sexuales que no sean cópulas, siempre y cuando no constituyan depravación sexual.
- B).- Las mujeres castas y honestas menores de dieciocho años y siempre que sean púberes, tienen libertad para realizar actos erótico-sexuales no constitutivos de depravación sexual y para tener cópula siempre y cuando sean mayores de doce años y el consentimiento sea espontáneo.
- C).- Los púberes menores de dieciocho años y mayores de doce tienen libertad para realizar cópula con cualquier persona, siempre que la misma no constituya depravación sexual, y
- D).- Los menores de doce años sean púberes o impúberes, no tienen libertad para realizar cópula.

El delito de violación necesariamente es intencional porque para su producción no se requiere de resultado material alguno. La intención delictuosa es diferente en cada hipótesis omissiva de violación, pues lo que ha de abarcar en cada caso el dolo en su elemento intelectual es variable. (105)

(104) Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal Artículos 265 y 266

(105) Idem. Art. 265

- 1.- Cópula por medio de la violencia física o moral
- 2.- Cópula consentida con persona menor de doce años
- 3.- Cópula con persona que no está en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones -- sexuales.
- 4.- Cópula con persona que no puede resistir la penetración.

La violación cualquiera que sea su hipótesis de comisión, se sanciona con pena de prisión según lo dispuesto por el Artículo 265 del Código Penal. Empero existen circunstancias agravantes que vienen a constituir violaciones calificadas, de las -- cuales, merece mención especial la que se refiere a la violación cometida ya mencionada anteriormente, con intervención -- directa o inmediata de dos o más personas lo cual debe entenderse en el sentido de los medios o actos ejecutivos son realizados por tal número de personas reduciendo al mínimo la posibilidad de resistir la conducta delictuosa.

#### TENTATIVA DE VIOLACION Y ATENTADOS AL PUDOR

Conforme al Artículo 244 del Código Penal del Estado de Tamaulipas comete delito de atentados al pudor, el que sin consentimiento de una persona púber o impuber, o con consentimiento de esta última, ejecuta en ella un acto erótico sexual, sin llegar a la cópula, que es en todo semejante al 280 del Código Penal -- del Distrito Federal.

Apuntado lo anterior, con relación al tema de la coexistencia de la tentativa de violación y atentados al pudor, comensaremos -- por exponer los puntos de vista de algunos autores:

Cuello Calón, estima que la determinación de si el hecho constituye tentativa de violación, presenta no escasas dificultades, por las semejanzas que se observan con el abuso deshonesto -- violento, pues los actos externos en ambos delitos son los mismos, pero se diferencian entre sí en que en la tentativa de --

-----

violación los actos realizados se encaminan al acceso carnal, -- existe ánimo de yacer, mientras que los constitutivos del abuso deshonesto violento no aspiran a tal fin; la finalidad de estos hechos está en ellos mismos, y, por lo tanto, para que los actos impúdicos realizados violentamente sobre una mujer, o sin su consentimiento, puedan ser calificados de tentativa de violación, debe probarse cumplidamente en el culpable ánimo de yacer. (106)

Cuello Calón cita autores que comentan la tentativa de violación y para Puig Peña, precisamente en la inexistencia del ánimo de yacer se distingue el delito de la tentativa de violación, ya que se caracteriza porque los actos ejecutados no tienen al yacimiento. (107)

#### COMENTARIO:

De acuerdo con el Artículo 260 del Código Penal, el atentado al pudor consiste en realizar un acto erótico sexual, sin el consentimiento de una persona púber o impuber o con consentimiento de esta última sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula. Y de acuerdo con el 12 en relación con el 265 del Código Penal, la tentativa de violación consistente en los actos erótico sexuales encaminados directa e inmediatamente a la realización de la cópula, concluyéndose que, aún cuando en ambos casos se trata de la ejecución de actos eróticos sexuales, o sea que el elemento objetivo es el mismo, en un caso se realizan -- sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, y en el otro caso, se llevan a cabo con el fin de copular, pero habría que preguntarse; la tentativa de violación se configura por la -- violación se configura por la violencia ejercida o por los actos erótico sexuales realizados, para demostrar que son totalmente -- irrelevantes los segundos, bastaría comprobar que hay tentativa -- de violación si se llevan a cabo actos erótico sexuales con el -- fin de realizar la cópula sin existir la violencia.

-----  
 (106) Cuello Calón.-Derecho Penal II. Novena Edición.-Barcelona 1955, pág. 560, 566.  
 (107) Idem pág. 573

Los Tribunales han establecido : "Conforme al Artículo 244 del Código Penal de Tamaulipas ya mencionado, Francisco González de la Vega, en su obra "Código Penal Comentado", refiriéndose al Artículo 260 del Código Penal para el Distrito Federal, dice: "que son en todo semejante, además lo es materialmente, ya que la acción erótica no debe llegar a la cópula; si esto acontece, desaparece la figura y surge posiblemente la violación; es -- además incompleto subjetivamente, puesto que si el atentado -- para que una próxima fornicación desaparezca también el atentado, pudiendo surgir la tentativa de violación. Ahora bien; -- si el acusado de atentado al pudor, se le imputa que ayudó a otro, sujetando a la ofendida para que tuviera contacto carnal con ella lo cual no llegó a ocurrir, por haber intervenido la policía, no se llenan los requisitos del citado Artículo 244, sino que, en todo caso, podría haberse llegado a tener como -- legalmente comprobado el cuerpo del delito de tentativa de -- violación; y el auto de formal prisión dictado, por el mencionado delito de atentado al pudor, es violatorio de garantías y debe concederse el Amparo, sin perjuicio de que continúe en forma legal la averiguación, cuando fuere procedente. (108)

En otra ejecutoria se dice: "Los delitos de atentado al pudor y tentativa de violación, por su esencia misma, no pueden -- coexistir y se excluyen uno al otro, puesto que en el primero de ellos, no existe el propósito directo e inmediato de --- llegar a la cópula carnal, y en el segundo se efectúan los --- actos preparatorios para dicha cópula que no llegó a realizarse por causas ajenas a las voluntades del activo. (109)

#### COMENTARIO

A mi criterio y tomando como base cada una de las ejemplificaciones jurídicas que anteriormente señalé en este último capítulo, considero que esta deficiencia que se ha venido arrastrando y que actualmente se contempla esta misma situación --

(108) Semanario Judicial de la Federación, LXII. P. 1845 Quinta Época. Francisco González de la Vega.

(109) Semanario Judicial de la Federación XXIV. P. 187 Sexta Época, Segunda parte.

A través de estadísticas médicas se conoce que los trastornos - que afectan a la sexualidad de un sujeto, más que de naturaleza fisiológica, son normal y generalmente de índole psicológica -- debidos a una incorrecta educación sexual o experiencias psicomáticas sufridas en los primeros años de vida del individuo.

Cuando la es proporcionada al hombre desde su infancia una adecuada educación sexual, complementada y confirmada ésta por un sano comportamiento sexual de los padres, los riesgos de caer - posteriormente en una perversión sexual, serán mínimos. Para impartir tal educación deberemos ver y entender el caso despo- jado de cualquier valoración inhumana, que infundadamente preten- diera atribuírse.

El significado conferido por la sociedad a las manifestaciones sexuales del hombre, no ha sido siempre el mismo, ni a través - del tiempo ni de espacio, por lo que hay que atender al lugar y al momento de una sociedad para saber la valoración que confie- re a las diversas actividades sexuales.

El Desecho, refleja el sentir general de la sociedad debe aten- der a esa valoración social y orientar en ese sentido sus nor- mas.

Es evidente que la transformación natural, realizada en las -- formas de vida, ha efectuado profundamente las expresiones so- ciales del hombre.

Por eso, apuntamos que los jóvenes hoy en día poseen a los quin- ce años y a veces antes, plena responsabilidad, juicio y madu- rez para seleccionar libremente su vida sexual y pretender pro- tegerlos personalmente, en tales ocasiones resultará ocioso.

Los ataques a la esfera sexual del individuo causan lesiones -- a su libertad sexual y a su correcta formación sexual, y dentro

-----

de estos dos daños, quedan comprendidos todos los que se le -- puedan inferir a un sujeto en ese aspecto; pero refiriéndonos a los dos delitos mencionados anteriormente, la violación y el delito de atentados al pudor, consideramos que estos entran -- plenamente por todos los elementos que los forman en los párra -- fos antes mencionados.

Los términos que aluden a la conducta sexual considero que -- deberían uniformarse ya que por ejemplo al hablar de coito pa -- ra referirse exclusivamente a la introducción del órgano sexual masculino en el órgano sexual femenino; hablar de cópula para -- significar exclusivamente en la introducción del órgano sexual masculino por vía anal; hablar de cópula anormal para aludir a la introducción del miembro sexual masculino, u otro que lo represente, en el cuerpo de otra persona, por cualquier vía -- que no sea vaginal ni anal; y finalmente hablar de actos -- libidinosos para referirse a cualquier actitud sexual realiza -- da sobre el cuerpo de otra persona, que no signifique una -- introducción, una penetración en el mismo.

De acuerdo con lo anterior, se podría uniformar títulos de la siguiente manera:

- a).- Delitos contra la libertad sexual con relación a la acumulación, se borraría con la correcta clasificación de los delitos que se señalen en el auto de formal prisión, sin -- que en la secuela del procedimiento apareciera un delito -- del que se persigue imputándole al procesado este ilícito en un momento que lo deja en total estado de indefensión -- y sea obviamente en perjuicio de este; agravando así su -- situación jurídica.
- b).- Delitos contra la moral social actual, pues considera que de esta manera podríamos cumplir dos supuestos, en los que incurrirían delitos correspondientes a los títulos antes -- mencionados, y que ayudarían a mejorar la aplicación --

-----

*jurídica de los delitos y dictarse el auto de formal prisión correspondiente, continuándose el proceso por los delitos -- señalados en este y no se varían posteriormente durante la -- secuencia.*

*Los delitos sexuales a los que aludimos en este capítulo -- último son de gran trascendencia dentro de nuestra sociedad, pues en cualquier grado social se ha presentado y se presentará un hecho aterrador violatorio de los más elementales --- derechos de libertad del individuo, producto de las bajas -- pasiones e insanos instintos del ser humano, los delitos -- sexuales en los que los integrantes del grupo social están -- conscientes de sus efectos lesivos, con pues, hechos en los -- que los individuos que se digan con razón, alcanzan a perci- -- bir y sentir sus efectos antijurídicos. Así los delitos -- sexuales son hechos castigados en cualquier país civilizado y no tenemos conocimiento de Estado alguno en el que sea -- lícito tener relación carnal con persona alguna por medio -- de los elementos constitutivos de los mismos que inducen a la consumación de estos. Es por ello que los bienes -- jurídicos tutelados en caso de violarlos se les sanciona con todo el rigor de la Ley aplicable al ilícito presentado --- o que se presente en ese momento así entenderemos también la aplicación de justicia al sancionar, pero también, la justia -- cia deberá entenderse con la correcta aplicación de la pena -- el ilícito cometido que de esta manera serán menores los --- errores jurídicos y mayores los éxitos acercándonos cada vez más al fin que perseguimos; "JUSTICIA".*

## C O N C L U S I O N E S

CONCLUSION No. 1

Paralelo al desenvolvimiento histórico general de los puntos tratados referente al proceso penal no debemos olvidar los puntos en que hicimos referencia específica del acusado en cuanto a su situación jurídica, pues de ello se desprende la variedad, de momentos procesales en los que el acusado está sujeto a los interrogatorios, valoración de su defensa y otros aspectos, litigiosos, -- en ocasiones alevosos en su estructura procedimental, que conllevan a un estado de desventaja para éste, y por consiguiente los -- castillos, torturas, etc., injustificables para el acusado y -- pueblos en los casos públicos de audiencia, que resaltan las -- irregularidades del mismo procedimiento, y que nos debe de concenir a nosotros por su trascendencia jurídico-procesal para la -- correcta aplicación de nuestro procedimiento.

CONCLUSION No. 2

A través de esta secuencia cronológica procesal: desde el punto de vista histórico, podemos concluir diciendo que el orden de colocación de las autoridades deja mucho que desear y por otra -- parte, se acausan deficiencias como el hecho de que el Ministerio Público formule sus pedimentos por conducto de autoridad que no -- es competente y así también como éste, se derivan otros que en -- lugar de otorgarle al procedimiento celeridad, simplificándolo, -- etc., sucede lo contrario y a ello aunado en ocasiones violaciones de garantías que nos tocará debatir más adelante.

CONCLUSION No. 3

La objeción que se ha hecho por algunos de que la persona que -- es puesta en libertad por falta de méritos permanece en una situación incierta, es inexacta, porque en todo caso, bastará con que

se deje de actuar y transcurra el término de la prescripción -- de la acción penal para que ésta queda extinguida y el Juez ---- esté obligado a suplirla de oficio, sin que sea necesario que el Juez se exponga a una declaración aventurada de que no hay delito que perseguir, que por otra parte, está entre sus facultades hacerlo cuando la eximente de responsabilidad haya quedado plenamente comprobada.

La persona que queda en libertad por falta de méritos no puede -- decirse que se encuentre arraigada en el lugar del juicio.

Después de habérsele reintegrado en su libertad, puede ser nueva -- mente detenida y declarada en formal prisión, en caso de haberse satisfecho los requisitos legales.

Si en cambio ha sido puesta en libertad absoluta, por concurrir una causa excluyente de responsabilidad decretándose el sobreseimiento, no podrán practicarse con posterioridad nuevas diligencias en averiguación de los hechos, sin menoscabo de la Garantía Consagrada en el Artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que el auto de sobreseimiento tiene la misma fuerza legal que una sentencia absolutoria.

#### CONCLUSION No. 4

Las palabras textuales del constituyente y la estructura y finalidad de las garantías individuales nos obligan a criticar los -- acuerdos criterios doctrinales y jurisprudenciales expuestos. -- El hecho de que la aplicación puntual y respetuosa de las garantías individuales pudiera excepcionalmente producir una consecuencia que estimamos injusta, no es argumento válido para interpretar el texto Constitucional en forma de rogatoria. Ningún -- malabariismo puede borrar las palabras textuales del Constituyente, que anteriormente transcribimos y conforme a las cuales --

es la calificación de los hechos en el auto de formal prisión la que no pueda alterarse.

A idéntico conflicto puede llevarnos la aplicación de otras -- garantías. No cabe duda, por ejemplo que algunos delincuentes escapan a la acción penal porque las autoridades no pueden -- atormentarlos para arrancarles la verdad, y, en algún caso excesivo, en non bis in idem puede servir de escudo a un delincuente contra las pruebas de su culpabilidad tardíamente encontradas. No obstante, los estados democráticos modernos conoagran los -- derechos humanos del procesado penal en su legislación positiva, como única solución contra los abusos que prevalecieron bajo el procedimiento inquisitorial, y aceptan como contrapartida la -- posible situación límite en la cual la garantía protege al culpable. Si no estamos dispuestos a pagar ese precio tendremos que optar por la solución contraria, consistente en derogar todas -- las garantías y otorgar carta blanca al Estado para que persiga a aquellos a quienes atribuya la comisión de un delito, sin poner límite ni cortapisa alguna a su actuación.

Con ese método, ciertamente, será mayor el número de culpables sancionados, pero las fauces de esa justicia draconiana devorarán también a muchos inocentes.

El único resultado cierto es que, por ese camino, haríamos retroceder siglos al Derecho Mexicano.

#### CONCLUSION No. 5

De acuerdo con el Artículo 260 del Código Penal, el atentado al pudor consiste en realizar un acto erótico sexual; sin el consentimiento de una persona púber o impuber o con consentimiento de esta última sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula. Y de acuerdo con el 12 en relación con el 266 del ---

*Código Penal, la tentativa de violación consiste en los actos --  
eróticos sexuales encaminados directa e inmediatamente a la ---  
realización de la cópula, concluyéndose que, aún cuando en ambos  
casos se trata de la ejecución de actos eróticos sexuales, o sea  
que el elemento objetivo es el mismo, en un caso se realizan sin  
el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, y en el  
otro caso, se llevan a cabo con el fin de copular, pero habría -  
que preguntarse; la tentativa de violación se configura por la  
violencia ejercida o por los actos eróticos sexuales realizados?  
para demostrar que son totalmente irrelevantes los segundos, --  
bastaría comprobar que hay tentativa de violación si se llevan a  
cabo actos eróticos sexuales con el fin de realizar la cópula --  
sin existir la violencia.*