

547

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

22j



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO



**LAS GARANTIAS INDIVIDUALES EN
MATERIA PENAL**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :

FRANCISCO JAVIER PASTRANA GUERRERO



MEXICO, D. F.

1997

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO.

SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.

P R E S E N T E.

Muy Distinguido Señor Director:

El compañero PASTRANA GUERRERO FRANCISCO JAVIER, inscrito en el Seminario de Derecho Constitucional y de Amparo a mi cargo, ha elaborado su Tesis Profesional intitulada "LAS GARANTIAS INDIVIDUALES EN MATERIA PENAL" bajo la dirección del Lic. Felipe Rosas Martínez, para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El Lic. Rosas Martínez, mediante oficio de fecha 10 de febrero del año en curso, me manifiesta haber aprobado la referida tesis; por lo que, con apoyo en los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 del vigente Reglamento de Exámenes Profesionales suplico a usted ordenar la realización de los trámites tendientes a la celebración del Examen Profesional del compañero de referencia.

A T E N T A M E N T E.
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D.F. marzo 11 de 1997.

DR. FRANCISCO VENEGAS TREJO.
DIRECTOR DEL SEMINARIO.

FVT/pao.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO.

DR. FRANCISCO VENEGAS TREJO.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO.

P R E S E N T E.

Distinguido Doctor:

Con toda atención me permito informar a usted que he dirigido y revisado completa y satisfactoriamente la Tesis Profesional intitulada "LAS GARANTIAS INDIVIDUALES EN MATERIA PENAL", elaborada por el alumno PASTRANA GUERRERO FRANCISCO JAVIER, la tesis de referencia denota en mi opinión una investigación exhaustiva y, en consecuencia, el trabajo profesional de referencia reúne los requisitos que establecen los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 del vigente Reglamento de Exámenes de nuestra Universidad.

Aprovecho la oportunidad para reiterar a usted las seguridades de mi consideración más distinguida.

A T E N T A M E N T E.
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D.F. febrero 10 de 1997.

Felipe Rosas Martínez
LIC. FELIPE ROSAS MARTINEZ
Profesor Adscrito al Seminario de
Derecho Constitucional y de Amparo.

pao.

Este humilde trabajo lo dedico a mi madre Reyna Isaura Guerrero Cano, por el cariño y ejemplo que me ha dado; a mi esposa Martha Torres, por su apoyo; y a mi hijo recién nacido Francisco Eduardo, ya que con su llegada ha provocado una gran felicidad en mi hogar y un fuerte deseo de superación en mi conciencia.

LAS GARANTIAS INDIVIDUALES EN MATERIA PENAL

INDICE

Páginas

Introducción

II

CAPITULO PRIMERO

Concepto y alcance de las Garantías Individuales

- 1.1 Concepto de Garantía Individual 2
- 1.2 Clasificación de las Garantías Individuales 6
- 1.3 Alcance jurídico 8

CAPITULO SEGUNDO

Antecedentes historicos

- 2.1 Constitución de Cádiz de 1812 11
- 2.2 Constitución de 1814 16
- 2.3 Constitución de 1824 19
- 2.4 Constitución de 1836 25
- 2.5 Constitución de 1843 29
- 2.6 Constitución de 1857 35
- 2.7 Constitución de 1917 43

CAPITULO TERCERO

Conceptos preliminares

- 3.1 Delito 58
- 3.2 Denuncia 60
- 3.3 Querrela 61
- 3.4 Averiguación Previa 64
- 3.5 Ministerio Público 64
- 3.6 Policía Judicial 65
- 3.7 Acción Penal 67
- 3.8 Proceso 70
- 3.9 Orden de aprehensión 70
- 3.10 Auto de formal prisión 73
- 3.11 Sentencia 73

CAPITULO CUARTO

Análisis de las garantías penales contenidas en la Constitución

- 4.1 Análisis del artículo 14 constitucional 77
- 4.2 Análisis del artículo 16 constitucional 98
- 4.3 Análisis del artículo 19 constitucional 130
- 4.4 Análisis del artículo 20 constitucional 137
- 4.5 Análisis del artículo 21 constitucional 167
- 4.6 Análisis del artículo 22 constitucional 178
- 4.7 Análisis del artículo 23 constitucional 184

Conclusiones

194

Bibliografía

202

INTRODUCCION

El presente trabajo se compone de cuatro capítulos, tratando el primero de ellos del concepto de garantía, de su contenido, de su clasificación y en general de su alcance legal.

En el segundo capítulo se abordan los antecedentes histórico-jurídicos que precedieron a nuestro actual texto constitucional, habiéndose destacado los derechos que en materia penal se plasmaron.

En el tercer capítulo se estudiaron algunos de los vocablos que se utilizaron en la elaboración de esta tesis.

En el cuarto capítulo se realizó un estudio acerca de las garantías penales que se consideraron más importantes, habiendo entrado al análisis del artículo 14 constitucional, en lo referente a la irretroactividad de la ley, la garantía de audiencia, etc.; del artículo 16 constitucional, en lo concerniente a la garantía de legalidad, la orden aprehensión, la detención en flagrancia o en urgencia, la prohibición de la intervención de las comunicaciones privadas, etc.; del artículo 19 constitucional, el auto de formal prisión y sus requisitos, el principio de litis cerrada en el proceso penal y la prohibición de malos tratos en las cárceles; del artículo 20 constitucional, en lo referente a los derechos del inculcado en el proceso penal, los derechos del ofendido, etc.; del artículo 21 constitucional, en lo que toca a la función del Ministerio Público en la averiguación de los delitos, etc.; del artículo 22 constitucional en lo referente a las penas prohibidas, así como los casos en que se permite la confiscación; y, finalmente del artículo 23 constitucional, el número de instancias permitidas, la prohibición de juzgar doblemente, así como la prohibición de la absolución de la instancia.

CAPITULO PRIMERO
CONCEPTO Y ALCANCE DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES

1.1 Concepto de Garantía Individual. Es difícil pensar en un estado contemporáneo que no reconozca el mínimo de prerrogativas de las que debe gozar el ser humano, en prácticamente todo el mundo se observa esta tendencia. Nuestro país desde luego que no es la excepción, así vemos que nuestra Constitución en sus primeros 29 artículos se señalan los derechos fundamentales que posee el gobernado.

El maestro Alberto del Castillo del Valle al definir la garantía individual expresa:

"Es el medio jurídico consagrado por la Constitución, principalmente, por virtud del cual se protegen los derechos de los gobernados frente al Estado y sus autoridades, obligando a éstos a respetar tales derechos(...)

Subráyese y entiéndase bien que las garantías individuales, son, en concreto, medios jurídicos de protección, defensa o salvaguarda de los derechos del hombre, en primer término, por lo que estos derechos son jurídicamente resguardados y tutelados por la Constitución y el sistema jurídico mexicano."(1)

Por su parte el ilustre maestro Luis Bazdresch con relación a la denominación garantías nos dice:

"(...) las garantías son realmente una creación de la Constitución, en tanto que los derechos protegidos por esas garantías son los derechos del hombre, que no provienen de ley alguna, sino directamente de la calidad y de los atributos naturales del ser humano; esto es, hay que distinguir entre derechos humanos, que en términos generales son facultades

(1) CASTILLO DEL VALLE, Alberto Del. Garantías Individuales y Amparo en Materia Penal, primera edición, Editorial Duero S. A., México, 1992, P. 21.

des de actuar o disfrutar, y garantías, que son compromisos del estado de respetar la existencia y el ejercicio de esos derechos."(2)

Como puede observarse, los dos maestros citados coinciden en esencia al afirmar que las garantías individuales no son lo mismo que los derechos humanos y que en todo caso constituyen el medio para proteger a éstos.

Cuando hablemos de "Derechos Humanos", nos referimos -como bien les dice Ignacio Burgoa- a los imperativos éticos, es decir, a las prerrogativas que emanan de la naturaleza de la persona, mismos que se traducen en el respeto a su vida, dignidad y libertad. Para algunos autores, se encuentra su fuente en el derecho natural.(3)

De lo expuesto, estamos en aptitud de establecer nuestra propia definición de garantía individual diciendo que:

Las garantías individuales no constituyen sólo el nombre que adoptó el constituyente, cuando plasmó los derechos humanos, sino que, integran el mecanismo, por medio del cual se protegen los derechos fundamentales del hombre frente al poder público en México.

Son elementos de la definición que se propone:

a) Las garantías individuales constituyen un mecanismo de protección.

Decimos que las garantías individuales son un mecanismo de protección, debido a que se cuenta con un sistema jurídico capaz de hacerlas valer, cuando las autoridades violan estos derechos. Así por ejemplo, se tienen los recursos ordinarios que se encuentran en la legislación secundaria y una vez agotados éstos, si persiste la violación se puede acudir al Juicio de Amparo en sus diferentes especies.

(2) BAZDRESCH, Luis. Garantías Constitucionales Curso Introductorio, tercera edición, Editorial Trillas S. A., México, 1987, p. 12.

(3) Cfr. BURGOA O., Ignacio. Las Garantías Individuales, vigésima octava edición, Editorial Porrúa S. A., México, 1996, p. 55.

b) Las garantías contienen derechos fundamentales del hombre. El contenido de las garantías individuales son los derechos que el constituyente consideró como fundamentales para el hombre, es decir, incluyó dentro de las garantías, las principales prerrogativas de las que debe gozar todo ser humano en relación a su naturaleza.

Las garantías individuales son por tanto, sólo una parte de los derechos humanos, mismos que reconoce el Estado a través de la Constitución.

c) Las garantías individuales son oponibles al poder público en México. No podría pensarse en un mecanismo de defensa jurídico por parte del gobernado en contra del estado, si sus derechos no fueran oponibles a las autoridades, de ahí que la característica principal de la garantía individual sea, que la autoridad debe observarlas.

En relación a este tema, expresa el Doctor Ignacio Burgoa:

"La potestad de reclamar al Estado y a sus autoridades el respeto a las prerrogativas fundamentales del hombre, y que constituye la manera como se traduce el derecho que para el sujeto activo de la relación jurídica multicitada o gobernado genera o implica esta misma, tiene la naturaleza de un derecho subjetivo público.

En efecto, dicha potestad es un derecho, esto es, tiene el calificativo de jurídica, porque se impone al Estado y a sus autoridades, o sea, porque estos sujetos pasivos de la relación que implica la garantía individual están obligados a respetar su contenido, el cual, como ya advertimos, se constituye por las prerrogativas fundamentales del ser humano. En este sentido, la potestad del gobernado de exigir a las autoridades y, por ende, al Estado, el mencionado respeto, la indicada observancia, no es un mero hecho o una simple posibilidad de actuar del titular de la garantía individual y cuyo cumplimiento o acatamiento

podrían eludirse. Por el contrario, dicha potestad prevalece contra la voluntad estatal expresada por conducto de las autoridades, la cual debe acatar las exigencias, los imperativos de aquella, por estar sometida obligatoriamente.

En segundo lugar, la potestad de referencia es un derecho subjetivo, porque implica una facultad que la ley (en este caso la Constitución) otorga al sujeto activo (gobernado) para reclamar al sujeto pasivo (autoridades y Estado) determinadas exigencias, ciertas obligaciones. En este particular, la locución "derecho subjetivo" está empleada en oposición a la expresión "derecho objetivo", que se identifica con el término "norma jurídica" abstracta e impersonal.

Por último, la multitudada potestad es un derecho subjetivo público, por que se hace valer frente a un sujeto pasivo de esta índole, como son las autoridades estatales y el Estado mismo, según ya quedó expresado anteriormente."(4)

Ahora bien, en la materia penal nuestra Constitución reconoce dentro de las garantías individuales, una gama de derechos que debe de respetar el estado cuando interviene en el caso concreto, bien para procurar justicia o bien para administrarla. Los preceptos reguladores de la actuación de las autoridades en materia penal dan estructura a su funcionamiento, poniéndole un límite y demarcando la esfera jurídica intocable del gobernado ante los desvíos de poder por parte de la autoridad; la obligación de respetar por parte de las autoridades las garantías individuales, va unida a la concepción del Estado de Derecho, ya que las autoridades sólo deben de hacer lo que la ley les faculta.

Por otro lado, cabe destacar que las garantías del inculpado en

(4) Op. cit., p. 179 y 180.

una causa criminal, sólo protegen a las personas físicas, ya que estas son las únicas que puede sufrir afectación en los bienes jurídicos protegidos por estas garantías. (5)

1.2 Clasificación de las Garantías Individuales. El ilustre jurista Ignacio Burgoa al tocar este tema indica, que se pueden tomar dos criterios para clasificar las garantías individuales, una tomando en cuenta la índole formal de la obligación estatal que surge de la relación jurídica que implica la garantía individual, y otro que toma en consideración el contenido mismo de los derechos públicos subjetivos de la mencionada relación entre gobernado y el estado.

El primer criterio para clasificar, toma en consideración la conducta de la autoridad, por lo que se dividen a las garantías en materiales, que se traducen en un hacer, y las formales que implican un no hacer o abstención. Dentro del primer grupo, se incluyen a las garantías de seguridad jurídica; en el segundo grupo se comprenden a las libertades específicas del gobernado, la igualdad y a la propiedad.

El segundo criterio para clasificar a las garantías individuales, es el que deriva de tomar en consideración el contenido del derecho subjetivo público que se da en la relación jurídica en que se manifiestan las garantías individuales. Así, tenemos que estas se dividen en, garantías de igualdad, de libertad, de propiedad y de seguridad jurídica. (6) "Si recorremos el articulado constitucional que consagra las garantías individuales y que está compuesto por los veintinueve primeros artículos de la Ley Fundamental, se llegará a la conclusión de que el gobernado tiene varias esferas jurídicas oponibles y reclamables contra

(5) Coincide con esta opinión el maestro Alberto del Castillo del Valle. CASTILLO DEL VALLE, Alberto Del. Op. cit., p. 22.

(6) Cfr. BURGOA O., Ignacio. Op. cit., pp. 192 a 195.

las autoridades del Estado. Estas órbitas o esferas jurídicas conciernen al respeto de su situación de igualdad con sus semejantes, al de su libertad en todas sus manifestaciones, y al de su propiedad y a la observancia de determinadas formalidades, requisitos, medios, condiciones, etc., por parte del poder público para que la actuación de éste sea constitucionalmente válida en la causación de determinada afectación al gobernado, circunstancias que implican una seguridad jurídica para éste. Por ende, el contenido de exigencia de los derechos públicos subjetivos que emanan de la relación en que se traduce la garantía individual consiste precisamente en oponer a las autoridades estatales el respeto y la observancia de esas diferentes esferas jurídicas."(7)

Por su parte, Juventino V. Castro, nos dice que las garantías constitucionales -así les llama a los derechos fundamentales del hombre reconocidos por nuestro máximo ordenamiento- se pueden dividir en :

"a) Garantías de la Libertad; b) Garantías del Orden Jurídico; y, c) Garantías de Procedimientos.

Las Garantías de Libertad, se refieren en nuestro concepto a la libertad personal, a la libertad de acción, la libertad ideológica y a la libertad económica.

Las Garantías de Orden Jurídico, comprenden una serie de diversas garantías de igualdad, de competencia, de justicia y de propiedad.

Las Garantías de Procedimientos, se refieren a la irretroactividad, la legalidad, la exacta aplicación de la ley y a las garantías dentro de los procedimientos judiciales."(8)

Por nuestra parte, proponemos una clasificación, atendiendo al

(7) Op. cit., p. 194.

(8) CASTRO V., Juventino. Lecciones de Garantías y Amparo, novena edición, Editorial Porrúa, México, 1996, p. 31.

contenido de las garantías. Así, estas se dividen en, garantías de a) igualdad; b) de libertad; c) de propiedad; d) de seguridad jurídica; y, e) de no vejación de la dignidad humana en los procesos y en las sanciones penales. Esta última se compone de garantías que prohíben la imposición de afecciones que por su naturaleza afectan la dignidad del hombre, tales como los tormentos, la infamia, etc.

1.3 Alcance jurídico de las garantías individuales. Las garantías individuales pretenden proteger los derechos elementales del ser humano, teniendo como base diferentes posturas teóricas que no estudiaremos por no ser materia de este trabajo; sin embargo, vale mencionar que todos los autores coinciden en indicar que el hombre para lograr los fines propios de su naturaleza, necesita que se le permita el desarrollo armónico de sus potencialidades. El desarrollo integral del hombre, debe por tanto, protegerse, pero siempre respetando al de otras personas, ya que de no ser así, se contravendría el interés de otros individuos o al de la colectividad. Es por eso que el alcance jurídico o extensión de las garantías individuales, no es absoluto, es decir, tiene limitantes descritos por la misma Constitución.

Con respecto a lo anterior, nos dice el maestro Ignacio Burgoa :

"Esas limitaciones las consignan las diversas normas constitucionales que regulan las diferentes garantías individuales, y basta para demostrarlo las restricciones que la propia Ley Fundamental establece al derecho público subjetivo emanado de cada una de ellas. Así, verbigracia, al declarar el artículo 5 de nuestra Constitución que a nadie podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, sujeta esta potestad o facultad jurídica libertaria a la condición de que la actividad en que despliegue sea lícita, de lo cual se

infiera que el derecho público subjetivo correspondiente no comprende al trabajo ilícito, pues éste no sólo entrañaría una lesión a la esfera de otro sujeto, sino una afectación al interés social que radica precisamente en la conservación y defensa de la moralidad pública. Lo mismo acontece tratándose de la libre emisión del pensamiento la cual sólo tiene el carácter de derecho público subjetivo cuando no ataque derechos de tercero o no afecte la moral, no provoque algún delito o perturbe el orden público (art. 6 constitucional), ya que causándose alguno de dichos fenómenos no existe la obligación pública correlativa consistente en no inquirir judicial ni administrativamente la manifestación de ideas."(9)

Por otro lado, el citado maestro, establece que las garantías no sólo tienen limitantes, sino que incluso en algunos casos hay verdaderas obligaciones a cargo del gobernado, marcando excepciones incluso a garantías expresamente determinadas. Así por ejemplo, el artículo 5 constitucional indica que nadie puede ser obligado a prestar trabajos personales, sin la justa retribución y sin su consentimiento, situación que tiene una excepción cuando se trata del servicio de las armas, los cargos concejiles y los cargos de elección directa o indirecta, ya que la actividad individual respectiva debe desempeñarse sin el consentimiento particular, así como en lo que atañe en los servicios de índole social; y por su parte, las funciones electorales y censales, es obligación del gobernado desempeñarlas en forma gratuita.(10)

(9) Op. cit., pp. 196 y 197.

(10) Cfr. Op. cit., p. 197.

CAPITULO SEGUNDO
ANTECEDENTES HISTORICOS

2.1 Constitución de Cádiz de 1812.- Precedentes y contenido.

La situación en el país cuando se promulga la Constitución de Cádiz, es caótica, cargada de conflictos sociales; en la Nueva España se respiraba un ambiente de independencia entre los colonos, debido en parte por el dominio de Francia sobre España y por otro, debido a las desigualdades entre peninsulares y criollos. Bajo estas premisas se dieron la conspiración de Valladolid en 1808 encabezadas por el capitán José María García Obesos y don José Mariano Michelena; la junta de San Miguel el Grande en donde Ignacio Allende, debatió que la Nueva España se independizara de manera definitiva; la conspiración de Queretaro, por la cual se fraguaba la más importante conspiración de la época, misma que presidieron Arias, Allende, Aldama y el cura Miguel Hidalgo y Costilla, que dió después el grito de Dolores el 16 de septiembre de 1810; el primer gobierno rebelde en Guadalajara a cargo de Miguel Hidalgo y Costilla; la Junta Suprema de Zitácuaro Michoacán en la que Ignacio López Rayón reorganiza el gobierno dejado por Hidalgo, y en calidad de presidente encabeza la Suprema Junta Gubernativa de América el 19 de agosto de de 1811 (11), etc.; tales pronunciamientos en favor de la independencia se vieron sustentados en parte por la ideología liberal francesa.

De lo expuesto, se comprenderá que cuando se promulga la Constitución, el 30 de septiembre de 1812 por el Virrey Venegas en la Nueva España, ésta nunca se lleva a la práctica.

La Constitución Española de 1812, influenciada por las constituciones francesas de 1793 y 1795, reducía el papel del rey al poder ejecutivo,

(11) Cfr. CALZADA PADRON, Feliciano. Derecho Constitucional, primera edición, Editorial Harla S. A., México, 1990, p. 48 a 53.

otorgando en contrario a las cortes el poder de crear las leyes, se establecía la facultad de aplicar las leyes en las causas civiles y penales a los tribunales, se dejaba la soberanía en el pueblo, se abolía la inquisición, etc.

En materia penal esta Constitución fué rica en derechos del gobernado, por lo que es digna de estudio, aunque sea somero.

Los derechos del gobernado que en materia penal contiene ésta Constitución son:

a) "La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenecen exclusivamente a los tribunales." (art. 242):

b) "Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos." (art. 243):

c) "Ningún español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna comisión, sino por el tribunal competente, determinado con anterioridad por la ley." (art. 247):

d) "En los negocios comunes civiles y criminales, no habrá más que un sólo fuero para toda clase de personas." (art. 248):

e) "Las leyes arreglarán la administración de justicia en lo criminal, de manera que el proceso sea formado con brevedad y sin vicios, a fin de que los delitos sean prontamente castigados." (art. 286):

f) "Ningún español podrá ser preso sin que proceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y así mismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión." (art. 287):

g) "El arrestado, antes de ser puesto en prisión, será presentado al juez, siempre que no haya cosa que lo estorbe, para que le reciba de-

claración; más si esto no pudiere verificarse, se le conducirá a la cárcel en calidad de detenido, y el juez le recibirá la declaración dentro de las 24 horas." (art. 290);

h) "La declaración del arrestado será sin juramento, que a nadie ha de tomarse en materias criminales sobre hecho propio." (art. 291);

i) "En fraganti todo delincuente puede ser arrestado, y todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del juez: presentado o puesto en custodia se procederá en todo como se previene en los dos artículos precedentes." (art. 292);

j) "Si se resolviere que al arrestado se le ponga en la cárcel, o que permanezca en ella en calidad de preso, se proveerá auto motivado, y de él se entregará copia al alcaide, para que la incerte en el libro de presos, sin cuyo requisito no admitirá el alcaide a ningún preso en calidad de tal, bajo la más estrecha responsabilidad." (art. 293).

k) "Sólo se hará embargo de bienes cuando se proceda por delitos que lleven consigo responsabilidad pecuniaria, y en proporción a la cantidad a que ésta pueda extenderse." (art. 294);

l) "No será llevado a la cárcel el que dé fiador en los casos en que la ley no prohíba expresamente que se admita la fianza." "En cualquier estado de la causa que aparezca que no puede imponerse al preso pena corporal, se le pondrá en libertad dando fianza." (arts. 295 y 296);

m) "El juez y el alcaide que faltaren a lo dispuesto en los artículos precedentes serán castigados como reos de detención arbitraria, la que será comprendida como delito en el código criminal." (art. 299);

n) "Dentro de las 24 horas se manifestará al tratado como reo la causa de su prisión y el nombre de su acusador si lo hubiere." "Al tomar

la confesión al tratado como reo, se le leerán íntegramente los documentos y las declaraciones de los testigos, con los nombres de éstos; y si por ellos no los conociere se le darán cuantas noticias pida para venir en conocimiento de quiénes son." (arts. 300 y 301);

o) "El proceso de allí en adelante será público en el modo y forma que determinen las leyes." (art.302);

p) "No se usará nunca del tormento ni de los apremios." "Tampoco se impondrá la pena de confiscación de bienes." "Ninguna pena que se imponga por cualquier delito que sea, ha de ser trascendental por término ninguno a la familia del que la sufre, sino que tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció." (arts. 303, 304 y 305);

q) "No podrá ser allanada la casa de ningún español, sino en los casos que determine la ley para el buen orden y seguridad del Estado." (art. 306). (12)

COMENTARIO

De lo expuesto en los incisos anteriores, podemos destacar que en esta Constitución se marca una clara limitación al poder del Monarca de España y a las Cortes en impartición de justicia, ya que los encargados de ello son los tribunales; se restringe en varios aspectos el poder de las autoridades, decretando que nadie puede ser detenido sino mediante una orden de un juez en que haya información sumaria que haga pensar en responsabilidad penal; se establece la figura de la flagrancia, etc.

Consideramos que este texto constitucional supera incluso al vigente en algunos rubros; así por ejemplo, en nuestra Constitu-

(12) Hemos utilizado para este capítulo las versiones originales de las constituciones que preceden a la vigente, es decir, como fueron aprobadas, sirviendonos como fuente histórica la obra: TENA RAMIREZ, Felipe. Leyes Fundamentales de México, décima octava edición, Editorial Porrúa S. A., México, 1994.

ción vigente en el artículo 20 fracción III, se indica que se le hará saber al inculcado dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, los datos que le inculpan, así como también que se le recibirá su declaración preparatoria en ese acto; y por lo que toca a la Constitución de Cádiz, vemos que se establece en los artículos 290 y 300, que antes de ser encarcelado un individuo, será presentado ante el juez para que le reciba su declaración y si esto no es posible, se le conducirá a la cárcel para que el juez la reciba dentro de las 24 horas y dentro de ese mismo plazo se debe de hacer saber al inculcado los datos que le inculpan. Como se puede observar, en ambas constituciones se tutela la situación del inculcado cuando es puesto a disposición del juez penal, pero con la diferencia que el ordenamiento de Cádiz mejora la situación del individuo, ya que impone previo al encarcelamiento, que se le presente al juez al inculcado para recibir su declaración y de no ser posible esto, dentro de las veinticuatro horas siguientes, plazo en el cual además se le deberán de dar los datos que le inculpan y en lo que respecta a la Constitución vigente fija un plazo de 48 para los mismos fines. Las horas de diferencia entre ambos ordenamientos son en detrimento del inculcado, en razón de que en ese lapso vive la angustia de no saber la situación legal existente. Otro ejemplo de la superioridad de la Constitución de Cádiz sobre el texto constitucional actual, lo tenemos en su artículo 306, mismo que indica que el inculcado está exento de la obligación de declarar bajo juramento, situación que el texto constitucional vigente no plasma. En este aspecto, hay que abundar diciendo que el ser humano goza de un instinto de preservación y libertad innato, por lo cual no se le puede exigir que declare bajo protesta cuando lo que se debate es su propia libertad, circunstan-

cia que le obliga a defenderse por cualquier medio para conservarla y por tanto, es contradictorio a su propia naturaleza exigirle que declare con verdad bajo amenaza de sanción, en un juicio en donde él es el inculpado; máxime en el supuesto de ser responsable, ya que lo más seguro es que falsee para salvarse de la sanción, situación que no podría ser de otra forma, en razón de que sería tanto como pedirle que se traicionara así mismo. El anterior razonamiento nos permite concluir que debe agregarse como garantía individual la prohibición de declarar bajo protesta al inculpado.

En contra de este documento, podemos decir el artículo 306, viola la igualdad de las personas, cuando indica que no podrá ser allanada la casa de ningún español, sino cumpliendo los requisitos legales, ya que con esta circunstancia, se deja fuera del ámbito de protección a las personas que no fueran españoles; no se plasma la irretroactividad de la ley en perjuicio de una persona, ni la abolición de las penas infamantes, etc.

2.2. Constitución de Apatzingan de 1814.- Precedentes y contenido. Entre los sucesos históricos que preceden a esta Constitución, destaca la formación del Congreso de Chilpancingo, que se instala el 14 de septiembre de 1813, en el que José María Morelos y Pavón presenta su histórico documento "Los Sentimientos de la Nación" y se declara la independencia de la Nación a través del Acta Solemne de la Declaración de la independencia de la América Septentrional.

"Una vez promulgada la Independencia, el Congreso se aboca a la tarea de elaborar la Constitución, en un intenso peregrinar, dado el acoso de las fuerzas realistas, que no se resignaban a perder la colonia. Por su parte, Morelos salió a enfrentar al enemigo, y dejó deliberando a los

Congresistas en Apatzingán." (13)

La primera Constitución mexicana se promulgó el 22 de octubre de 1814 y se le llamó "Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana."

Los Constituyentes de 1814 tomaron como modelo la asamblea francesa y las constituciones francesas de 1793 y de 1795, en los que imperaba la corriente liberal.

"Los primeros 41 artículos de la Carta de Apatzingán establecen que la religión del Estado será católica; la soberanía reside en el pueblo, el ejercicio de ésta corresponde al Congreso; la Ley es la expresión de la voluntad general y la felicidad de los ciudadanos consiste en la igualdad, la seguridad, la propiedad y la libertad. En 196 artículos más se refiere a la forma de gobierno, el que se define como republicano, centralista y dividido en tres poderes. El legislativo, integrado por 17 diputados, se colocaba por encima del poder ejecutivo, y de él serían titulares tres presidentes; el poder judicial, comandado por un Supremo Tribunal se componía de cinco individuos."(14)

Con relación a las garantías contenidas en este documento el maestro Ignacio Burgoa expresa:

"La Constitución de Apatzingán contiene un capítulo especial dedicado a las garantías individuales. En su artículo 24, que es el precepto que encabeza el capítulo de referencia, se hace una declaración general acerca de la relación entre los derechos del hombre, clasificados a modo de la Declaración Francesa, y el gobierno. De la forma como está concebido dicho artículo, podemos inferir que la Constitución de

(14) Op. cit., pp. 60 y 61.

Apatzingan reputaba a los derechos del hombre o garantías individuales como elementos insuperables por el poder público, que siempre debía de respetarlos en toda su integridad. Por ende, el documento constitucional que comentamos en relación con el tema concreto que ha suscitado nuestra atención, influido por los principios jurídicos y filosóficos de la Revolución francesa, estima que los derechos del hombre son superiores a toda organización social, cuyo gobierno, en ejercicio del poder público, debe considerarlos intangibles, pues su protección no es sino la única finalidad del Estado."(15)

Debido a los acontecimientos por los que atravesaba la nación, esta Constitución nunca entra en vigor y se reprime fuertemente a los insurgentes, debido a lo cual muere Morelos el 5 de noviembre de 1815.

"Sin embargo, el valor histórico de la Constitución de Apatzingán es indiscutible, no sólo porque fue la primera Carta Magna, propia, que conociera nuestra patria, sino porque permitía vislumbrar la vida del México soberano e independiente que, haciendo eco de los pronunciamientos más avanzados de la jurisprudencia francesa, establece la soberanía como fundamental del pueblo; declara que la autonomía del país, en lo que toca a gobierno, era absoluta, y señala también que la ley es una e igual para todos, sin privilegios; es decir, la igualdad jurídica de los ciudadanos. Así mismo, se refiere a la división de los poderes, la forma de gobierno y la representatividad popular, sin que falte la delimitación de responsabilidades en cuanto a la aplicación de la justicia."(16)

En forma contraria a lo que establecía la Constitución de Cádiz, la Constitución de 1814 no plasmó prácticamente derechos del gobernado en materia penal. Tal vez se pueda explicar la falta de derechos del

(15) BURGOA O., Ignacio. Op. cit., p. 121.

(16) CALZADA PADRON Feliciano. Op. cit., p. 63.

governado en nuestra materia, debido a que el constituyente se preocupó en ese momento más en los problemas políticos, que en los derechos humanos.

La citada Constitución plasma los siguientes derechos en materia penal:

- a) "Sólo las leyes pueden determinar los casos en que debe ser acusado, preso o detenido algún ciudadano." (art. 21);
- b) "Debe reprimir la ley todo rigor que no se contraiga precisamente a asegurar las personas de los acusados." (art. 22);
- c) "La ley sólo debe decretar penas muy necesarias, proporcionadas a los delitos y útiles a la sociedad." (art. 23);
- d) "Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado." (art. 30);
- e) "Ninguno debe ser juzgado ni sentenciado, sino después de haber sido oído legalmente." (art. 31).

COMENTARIO

Los derechos del gobernado en este documento -como hemos visto- son pocos, pero no por ello dejan de ser importantes; lamentablemente se dejó fuera cuestiones que debieron haberse contemplado como lo es la detención en caso de flagrante delito y por medio de orden de aprehensión, la libertad bajo fianza, la abolición de tormentos, prohibición de confiscación de bienes, abolición de las penas trascendentes, etc. todas ellas contempladas en la Constitución de Cádiz. Vale la pena hacer notar que los derechos que se marcan con el inciso c) y d), la Constitución vigente no los plasma.

2.3 Constitución de 1824.- Precedentes y contenido. "A la muerte de Morelos, don Vicente Guerrero se dedicó a unificar a los dispersos

luchadores por la independencia de México. Pese al insistente acoso de las fuerzas realistas, el ánimo por mantener viva la llama de la independencia y a su estrategia militar le permitieron convertirse en el nuevo líder de los rebeldes del sur." (17)

Después de varios enfrentamientos entre don Vicente Guerrero y don Agustín de Iturbide (enviado por el virrey), este último le solicita a Guerrero "(...) una entrevista para discutir asuntos relativos a la independencia de México. El 10 de febrero del mismo año se produce el encuentro de Acatempan, entre Iturbide y Guerrero (...)" (18) del que resulta el Plan de Iguala o de las Tres Garantías, el cual postula entre otros puntos, que la religión será única, unión de todos los grupos sociales e independencia de México, con monarquía constitucional y un rey en alguna de las casas reinantes de Europa.

Al Plan de Iguala lo lleva a la práctica Iturbide, al que se le unen los insurgentes y conservadores.

A la llegada del nuevo virrey O'Donojú, Iturbide se entrevista con él y se pactan los Tratados de Córdoba el día 24 de agosto de 1821. Entre los puntos más relevantes de los tratados de Córdoba, se acepta la independencia de México y se dejan a salvo los derechos de la corona española.

"De acuerdo con lo estipulado en los tratados de Córdoba, el nuevo gobierno independiente debía recaer en una "Junta de Notables", cuyo encargo era organizar el régimen del México independiente, cuya proclamación se realizó un día después. Se trataba de gobernar en nombre del monarca en tanto éste decidía la cuestión y convocar a elecciones para la conformación del Congreso que debía redactar la Constitución Política

(17) Op. cit., p. 63.

(18) Op. cit., p. 65.

y decidir acerca de la integración de los símbolos nacionales, -rojo, verde y blanco- y posteriormente, en el mes de noviembre, se publica la convocatoria para el Congreso Constituyente."(19)

Realizadas las elecciones, el Congreso Constituyente se forma en su mayoría por criollos de la clase media partidarios de la república y una minoría partidaria de la monarquía, iniciando sus sesiones el 24 de febrero de 1822. "El Congreso constituyente, aunque en él predominaban los enemigos de la monarquía, eligió a Iturbide emperador con el nombre de Agustín I. Este, tras una coronación fastuosa, gobernó once meses, desde mayo de 1822. En Agosto supo de una conspiración antiturbidista en la que estaban metidos algunos diputados. En octubre, deshizo el Congreso y nombró en su lugar una junta encargada de hacer un reglamento político provisional y convocar a elecciones del nuevo Congreso. En diciembre, un amigo del borlote, el brigadier Antonio López de Santa Anna, se sublevó en Veracruz y proclamó la república. En enero de 1823, el general Antonio de Echávarri, enviado por el emperador para combatir a Santa Anna, pactó con el enemigo. En marzo, Agustín I se arranca la corona, restablece el disuelto Congreso y sale del país. En abril, los diputados disuelven la monarquía y nombran un triunvirato para el desempeño del Supremo Poder Ejecutivo. En julio, las provincias de Centro América se declaran independientes de México (...)"(20)

Vale hacer notar que desde el seno propio del Congreso Constituyente que nombra emperador a Iturbide, se dieron luchas ideológicas que dieron paso al nacimiento de los partidos conservador (de la loggia masónica del rito escoces), integrado por elementos del clero y de la nobleza, y el

(19) Op. cit. p. 67.

(20) VARIOS AUTORES. Historia Mínima de México. editado por El Colegio de México, sexta reimpresión de la primera edición, México 1981, p. 95.

liberal, conformado por antiguos insurgentes y criollos intelectuales (de la logia masónica yorquina). El partido liberal nombrado del progreso y de la reforma después, buscaba la forma republicana, democrática y federal, siendo su líder Nicolás Bravo. El partido conservador adoptaba el centralismo y la oligarquía de las clases preparadas y de tendencias monárquicas, siendo su líder Vicente Guerrero.

El triunvirato designado para gobernar "(...) compuesto por Pedro Celestino Negrete, Nicolás Bravo y Guadalupe Victoria, habría de desempeñar el poder ejecutivo en tanto la nación adoptaba el sistema republicano y sepultaba al monárquico."(21)

El 7 de noviembre de 1823, se convoca a un nuevo Congreso Constituyente y una vez electos los representantes, se forman dos partidos dentro del mismo, los centralistas y los federalistas o también conocidos como conservadores y liberales respectivamente.

El 31 de enero de 1824, el Congreso Constituyente aprobó el Acta Constitutiva de la Federación, instrumento que regularía el gobierno y la organización política, en tanto se terminaba la Constitución de 1824. "Este documento jurídico político reviste gran interés, en virtud de que en él ya se consagraron los fundamentales principios de todo régimen constitucional federal de naturaleza democrática. En efecto, en dicha acta se declara que la soberanía reside "radical y esencialmente" en la nación y que por lo mismo a ésta pertenece con exclusividad "(...) el derecho de adoptar y establecer por medio de sus representantes la forma de gobierno y demás leyes fundamentales que le parezca más conveniente para su conservación y mayor prosperidad (...)"(art. 3); que el poder supremo de la federación se divide para su ejercicio en legislativo,

(21) Op. cit., p. 70.

ejecutivo y judicial y que jamás podrán reunirse dos o más de dichos poderes en una corporación o persona, ni depositarse el legislativo en un individuo (art.9): y que las constituciones particulares de cada Estado federado no podrán oponerse a dicha acta (art. 24)."(22)

La Constitución de 1824 es aprobada el día 4 de octubre del mismo año, consta de 171 artículos, se establece un sistema de gobierno representativo, republicano y federal.

Se establece la división de poderes en legislativo, ejecutivo y judicial. El legislativo se divide en dos cámaras, una de senadores y otra de diputados. El ejecutivo reside en el presidente y un vicepresidente. Por último el poder judicial compete a la Suprema Corte.

A nivel local, los estados pueden elegir a un gobernador y a sus propios legisladores.

"La intolerancia religiosa se mantenía inalterada al reafirmar que la religión católica, apostólica y romana sería la oficial, y que se prohibía cualquier otra, al tiempo que decretaba la libertad de imprenta y de palabra. La ciudad de México fue declarada sede de los poderes de la nación, y denominada Distrito Federal. Se fijaba un periodo de cuatro años para los cargos de presidente y vicepresidente de la República, los cuales fueron cubiertos con la elección, a manos de las legislaturas de los Estados, de don Guadalupe Victoria y don Nicolás Bravo, respectivamente, dos viejos luchadores por la independencia de México y afamados caudillos militares, tanto en la guerra como en la paz." (23)

De lo expuesto se desprende la gran influencia que tuvieron las constituciones de Estados Unidos, de Cádiz y en general la ideología francesa de la época sobre la mayoría del Congreso Constituyente, es

(22) BURGOA O., Ignacio. Op. cit., 127.

(23) CALZADA PADRON, Feliciano. Op. cit., p. 71 y 72.

decir, sobre los liberales.

En lo que toca a los derechos del hombre en materia penal, en esta constitución vemos que hay una importante evolución con respecto a la de 1814, ya que se le agregan varios derechos del gobernado en materia penal; sin embargo, somos de la opinión que el constituyente de 1824 dejó varias imprecisiones, en gran parte por los problemas políticos.

La Constitución de 1824 establece los siguientes derechos en la materia penal:

- a) "La pena de infamia no pasará del delincuente que la ubiere merecido según las leyes." (art. 146);
- b) "Queda para siempre prohibida la pena de confiscación de bienes." (art. 147);
- c) "Queda para siempre prohibido todo juicio por comisión y toda ley retroactiva." (art. 148);
- d) "Ninguna autoridad aplicará clase alguna de tormentos, sea cual fuere la naturaleza y el estado del proceso." (art. 149);
- e) "Nadie podrá ser detenido sin que haya semi-plena prueba, o indicio de que es delincuente." (art. 150);
- f) "Ninguno será detenido solamente por indicios más de 70 horas." (art. 151);
- g) "Ninguna autoridad podrá librar orden para el registro de las casas, papeles y otros efectos de los habitantes de la República, si no es en los casos expresamente dispuestos por la ley, y en la forma que ésta determine." (art. 152);
- h) "A ningún habitante de la República se le tomará juramento sobre hechos propios al declarante en materias criminales." (art. 153);
- i) "No se podrá entablar pleito alguno en lo civil ni en lo crimi

nal, sobre injurias, sin hacer constar haberse intentado legalmente el medio de la conciliación." (art. 155):

COMENTARIO

En este texto constitucional se dejó fuera derechos del hombre que ya habían sido contemplados en la anterior Constitución, tales como la garantía de audiencia, la creación de los delitos sólo por ley y el principio de que todos son inocentes hasta que se les declare culpables.

En el documento en estudio se permitieron las penas infamantes en su artículo 146, situación que marcaba un retroceso en la evolución de los derechos humanos, ya que el texto constitucional anterior lo prevenía en forma indirecta en su artículo 23, cuando establecía que las penas deberían ser proporcionales al delito y útiles a la sociedad, a lo que cabe decir, que no vemos utilidad en una pena infamante.

Los derechos contenidos en este documento fueron nuevos en relación a la Constitución inmediata anterior.

2.4 Constitución de 1836.- Precedentes y contenido. La división entre conservadores y liberales, trajo como consecuencia pugnas internas entre ambos bandos, durante el gobierno de Guadalupe Victoria.

Al final del gobierno de Victoria, se desató la lucha política por alcanzar el poder entre conservadores y liberales, que a su vez se habían escindido en moderados y radicales. Los liberales moderados postularon a Manuel Gómez Pedraza; los liberales radicales Vicente Guerrero; y, por su parte, los conservadores postularon a Anastasio Bustamante. (24)

Después de una controversial elección, el primero de abril de 1829, Vicente Guerrero toma posesión como presidente, quedando como vicepresidente el conservador Anastasio Bustamante.

(24) Cfr. Op. cit., p. 74.

"El ataque de los escoceses contra su administración no se hizo esperar. La élite no podía aceptar el gobierno de guerrero, que se basó en mantener los principios de la independencia nacional, el sistema federal, desprecio al régimen monárquico y respeto a las clases populares, a las que benefició con decretos que suprimieron la servidumbre en las haciendas."(25)

Los conservadores tuvieron éxito en derrocar a Vicente Guerrero, cuando después de una conspiración, se declara presidente a Bustamante por parte del Congreso, quien emprende un gobierno de tipo centralista, al paso de que se fusila el 14 de febrero de 1831 a Guerrero.

En las elecciones de 1832, Manuel Gómez Pedraza es elegido presidente, pero Bustamante se resiste a dejar el poder, por lo que después de varios levantamientos encabezados por Santa Anna, se firman los convenios de Zavaleta el 23 de diciembre de 1832, en los que se declara presidente a Manuel Gómez Pedraza, y se restablece el federalismo convocándose a una nueva elección.(26)

En la nueva contienda electoral, Santa Anna sale triunfante, quedando como vicepresidente Valentín Gómez Farias, con una mayoría de liberales en la Cámara de diputados.

Como Santa Anna se retira del puesto del presidente por razones de salud, la presidencia queda en manos de Valentín Gómez Farias, quien emprende varias reformas en las que se dispuso la sujeción de la iglesia al gobierno por medio de un Patronato, la incautación de los bienes clericales, la libertad de pagar diezmos y se suprimen los fueros del ejército, sustituyéndose las tropas regulares por voluntarios, debido a

(25) *Ibidem.*

(26) *Cfr. Op. cit., p. 75.*

sus altos costos.

"Varios pronunciamientos dieron al traste con los planes reformistas de Mora y Gómez Farias, empezando por el clero, que no se resignó tan fácilmente a perder sus privilegios, y siguiendo con el presidente Santa Anna, quien no tardó en levantarse nuevamente contra su propio vicepresidente, en ejercicio, y ahora puesto del lado de los conservadores y el clero. Santa Anna regresa a México, destituye a Gómez Farias, asume el poder y suprime las leyes de Reforma. Disolvió al Congreso de la Unión, así como las legislaturas locales, y sustituyó a la mayoría de los funcionarios públicos liberales por connotados conservadores (...)

Desterrados Gómez Farias y José María Luis Mora, perseguidos los diputados liberales y reforzadas las tendencias conservadoras en todos los ámbitos del gobierno, el Congreso de la Nación se declaró en calidad de Constituyente y adoptó las bases de una Constitución Central, mejor conocida como las Siete Leyes. El viraje en la forma de gobierno es sumamente radical, al disponer entre otras cosas que los gobernadores estarían sujetos al poder central; se suprimían las legislaturas de los estados, los que en adelante se denominarían Departamentos, y cuyas rentas públicas quedaban a disposición del gobierno central. El período presidencial tendría una duración de ocho y se creaba el cuarto poder: el conservador, encargado de vigilar el cumplimiento de la Constitución."(27)

En relación a las garantías contenidas en esta Constitución Ignacio Burgoa indica:

"La primera de las Siete Leyes Constitucionales de 1836 se refiere a los derechos y obligaciones de los mexicanos y habitantes de la República

y en sus preceptos se contienen diversas garantías de seguridad jurídica, tanto en relación con la libertad personal como con la propiedad, al disponerse que nadie podía ser detenido sin mandamiento de juez competente y que la privación de los bienes de una persona, de su libre uso y de su aprovechamiento sólo podía llevarse a cabo cuando lo exigiera la pública utilidad. Además, en la propia Primera Ley se consagra la libertad de emisión del pensamiento, prohibiéndose la previa censura para los medios escritos de expresión, así como la libertad de traslación personal y de bienes fuera del país."(28)

La Constitución de las Siete Leyes -como se le conoce a la Constitución de 1836- al igual que los anteriores ordenamientos constitucionales nacionales, fue pobre en contenido de derechos humanos en nuestra materia, básicamente por las mismas razones que los otros, es decir, la inestabilidad política. Los constituyentes se preocuparon más por la cuestión política, que por la seguridad de las personas, no dejando de admitir, que los derechos plasmados son importantes.

La constitución de 1836 contiene los siguientes derechos en materia penal:

a) "No poder ser preso sino por mandamiento de juez competente dado por escrito y firmado, ni aprehendido sino por disposición de las autoridades a quienes corresponda por ley. Exceptuase el caso de delito infraganti, en el que cualquiera puede ser aprehendido, y cualquiera puede aprehenderle, presentándole desde luego a su juez o a otra autoridad pública." (Primera Ley art. 2 frac. I);

b) "No poder ser detenido más de tres días por autoridad ninguna política, sin ser entregado al fin de ellos, con los datos para su deten

ción, a la autoridad judicial, ni por ésta más de diez días, sin proveer el auto motivado de prisión. Ambas autoridades serán responsables del abuso que hagan de los referidos términos." (Primera Ley art. 2. frac. II);

c) "No poderse catear sus casas y sus papeles, si no es en los casos y con los requisitos literalmente prevenidos por las leyes." (Primera Ley art. 2 frac. IV.);

d) "No poder ser juzgado ni sentenciado por comisión ni por otros tribunales que los establecidos en virtud de la Constitución, ni según otras leyes que las dictadas con anterioridad al hecho que se juzga." (Primera Ley art. 2 frac. V.).

COMENTARIO

Este documento dejó fuera importantes derechos que habían sido plasmados por los textos constitucionales anteriores, tales como las prohibiciones de torturas y apremios, de penas infamantes, de confiscación de bienes, de que se le tome al inculcado su declaración bajo juramento, de ser inocente hasta que se declare lo contrario, de varios derechos procesales del inculcado, tendientes a darle información de la causa penal, etc.

A favor de esta Constitución podemos decir, que se mejoró la situación del detenido ante la autoridad política, al limitar sólo a tres días su detención; se le da seguridad jurídica al inculcado cuando se otorga un término de diez días al juez para resolver su situación legal; se establece por primera vez en un texto estrictamente nacional, la facultad que tiene el juez competente de librar la orden de aprehensión, debiendo ser ésta por escrito y firmada.

2.5 Constitución de 1843.- Precedentes y contenido. Bajo la vigencia

de la Constitución de 1836, se sucedieron diferentes levantamientos en el país, hasta la formulación del Plan de Tacubaya de fecha 28 de septiembre de 1841, en el que se declaraban entre otros puntos la desaparición de los poderes derivados de la Constitución de 1836, así como el nombramiento de una junta por el jefe de la revolución, para que ésta a su vez nombrara a una persona que se hiciese cargo del poder ejecutivo, mientras se convocaba a elecciones, quien a la postre fue ocupado por Santa Anna.

"En 10 de diciembre de 1841 Santa Anna lanza la convocatoria prevista en el plan de Tacubaya para un Congreso Constituyente, el cual debería quedar instalado el primero de junio de 1842. Del seno de este congreso se designa a una comisión compuesta por siete miembros encargada de elaborar un proyecto constitucional. Dicha comisión, a su vez, se dividió en dos grupos, estando el minoritario integrado por don Mariano Otero, Espinoza de los Monteros y Muñoz Ledo, quienes formularon un proyecto de naturaleza federalista, a diferencia del que elaboró la mayoría, el cual tendía a reiterar el régimen central de la Constitución de 1836. Sin embargo, el Congreso Constituyente no pudo discutir tales proyectos, porque por decreto expedido el 19 de diciembre de 1842 por don Nicolás Bravo, a la sazón Presidente de la República morced a la "designación" que en su favor hizo Santa Anna, se nombró una Junta de Notables "compuesta de ciudadanos distinguidos por su ciencia y patriotismo", encargada de formar las bases para organizar a la nación."(29)

Las Bases de organización política de la República Mexicana fueron sancionadas por Santa Anna (quien ya había resumido la presidencia) el 12 de junio de 1843 y publicadas el 14 del mismo mes y año.

En los tres años que estuvo en vigor las Bases Orgánicas de la República Mexicana, el país vivió una de las etapas más turbulentas de su historia, en donde entre otros sucesos se perdió Texas y se intensificaron los conflictos internos entre conservadores y liberales.

Esta Constitución desaparecía el Supremo Poder Conservador y subordinaba los poderes Judicial y Legislativo al Ejecutivo.

"El nuevo texto constitucional se componía de XI títulos y 202 artículos, cuya vigencia sólo sería de tres años, pues la lucha nacional por cambiar la forma de gobierno y retornar al sistema federal aún no cesaba; por el contrario, se había encendido ante las imposiciones del gobierno centralista, el despotismo y la arbitrariedad. Además, se impedía el acceso de las clases populares a los cargos de elección popular, puesto que los mismos solamente podían ser cubiertos por aquellos cuya posición económica los ubicaba entre las clases pudientes."(30)

Este documento supera a los textos constitucionales de 1814, 1824 y 1836 en lo que respecta a los derechos fundamentales del hombre, en el que encontramos una importante gama de derechos en materia penal y son los siguientes:

a) "En todo juicio sobre delitos de imprenta intervendrán jueces del hecho, que harán las calificaciones de acusación y de sentencia." (art. 9 frac. IV):

b) "A ninguno se aprehenderá sino por mandato de algún funcionario a quien la ley dé autoridad para ello; excepto el caso de delito in fraganti, en que puede hacerlo cualquiera del pueblo, poniendo al aprehendido inmediatamente en custodia á disposición de su juez." (art.

9 frac. V);

c) "Ninguno será detenido sino por mandato de autoridad competente, dado por escrito y firmado, y sólo cuando obren contra él indicios suficientes para presumirlo autor del delito que se persigue. Si los indicios se corroboraren legalmente, de modo que presten mérito para creer que el detenido cometió el hecho criminal, podrá decretarse la prisión." (art. 9 frac. VI);

d) "Ninguno será detenido por más de tres días por la autoridad política sin ser entregado con los datos correspondientes al juez de su fuero, ni éste lo tendrá en su poder mas de cinco sin declararlo preso. Si el mismo juez hubiere verificado la aprehensión, o hubiere recibido al reo antes de cumplirse tres días de su detención, dentro de aquel término se dará el auto de bien preso, de modo que no resulte detenido más de ocho. El simple lapso de estos términos hace arbitraria la detención, y responsable á la autoridad que la cometa, y á la superior que deje sin castigo este delito." (art. 9 frac. VII);

e) "Nadie podrá ser juzgado ni sentenciado en sus causas civiles y criminales sino por jueces de su propio fuero, y por leyes dadas y tribunales establecidos con anterioridad al hecho o delito de que se trate. Los militares y eclesiásticos continuarán sujetos á las autoridades á que lo están en la actualidad, según las leyes vigentes." (art. 9 frac. VIII);

f) "En cualquier estado de la causa, en que aparezca que al reo no puede imponerse pena corporal, será puesto en libertad, dando fianza." (art. 9 frac. IX);

g) "Ninguno podrá ser estrechado por clase alguna de apremio ó de coacción á la confesión del hecho por que se lo juzga." (art. 9 frac.

X):

h) "No será cateada la casa, ni registrados los papeles de ningún individuo, sino en los casos y con los requisitos literalmente prevenidos en las leyes." (art. 9 frac. XI);

i) "Se dispondrán las cárceles de modo que el lugar de la detención sea diverso del de la prisión." (art. 175);

j) "A nadie se exigirá juramento en materia criminal sobre hecho propio." (art. 176);

k) "Los jueces, dentro de los tres primeros días que esté el reo detenido a su disposición, le tomará su declaración preparatoria, manifestándole antes el nombre de su acusador, si lo hubiere, la causa de su prisión, y los datos que haya contra él." (art. 177);

l) "Al tomar la confesión al reo, se le leerá íntegro el proceso, y si no conociere á los testigos, se le darán todas las noticias conducentes para que los conozca." (art. 178);

m) "Queda prohibida la pena de confiscación de bienes; más cuando la prisión fuere por delitos que traigan consigo responsabilidad pecuniaria, podrán embargarse los suficientes para cubrirla." (art. 179);

n) "La nota de infamia no es trascendental." (art. 180);

o) "La pena de muerte se impondrá sin aplicar ninguna otra especie de padecimientos físicos que importen más que la simple privación de la vida." (art. 181);

p) "Cualquier falta de observancia en los trámites esenciales de un proceso produce la responsabilidad del juez, y en lo civil además la nulidad para solo el efecto de reponer el proceso. La ley señalará los trámites que son esenciales en cada juicio." (art. 182);

q) "En ninguna causa, sea cual fuere su cuantía y naturaleza, podrá

haber más de tres instancias. La ley fijará el número de las que en cada causa debe de haber para que la sentencia quede ejecutoriada."

(art. 183);

r) "Los magistrados y jueces que hubieren fallado en una instancia, no podrán hacerlo en otra." (art. 184);

s) "Los litigantes tienen derecho para terminar sus pleitos civiles, y los criminales sobre injurias puramente personales, por medio de jueces árbitros, cuya sentencia será ejecutada conforme a las leyes." (art. 185);

t) "Para entablar cualquier pleito civil, ó criminal sobre injurias puramente personales, debe intentarse antes el medio de la conciliación, en la forma y con las excepciones que establezca la ley." (art. 186).

COMENTARIO

El texto constitucional que nos ocupa, al igual que su antecesor inmediato, marcó un retroceso en la evolución de los derechos humanos, al permitirse las penas infamantes, ya que desde la Constitución de 1814 en su artículo 23, se indicaba que las penas deberían ser muy necesarias y proporcionales al delito, así como útiles a la sociedad.

A favor de este documento, podemos decir que se incluye por primera vez en un texto constitucional nacional, el derecho a la fianza en las causas criminales, figura jurídica que constituye un pilar en los derechos humanos, no sin antes recordar que el derecho a ser procesado en libertad bajo caución, se plasmó en desde la Constitución de Cádiz de 1812; por otro lado, se incluye la prohibición de confiscación de bienes, y se reduce el término de diez a cinco días en que se debe resolver la situación del inculcado ante el juez, en relación a como se encontraba en la constitución anterior; se incluye el importante derecho a que en la

declaración del inculpado, no se le proteste conducirse con verdad; se marca un límite de instancias; se establecen toda una gama de derechos del gobernado en el proceso penal, tendientes a asegurar su derecho de audiencia, etc. Particularmente nos llama la atención el artículo 182 del texto en estudio, ya que aún cuando se refiere básicamente a ala materia civil, es importante señalarlo ya que trata un sistema de nulidades tratándose de la violación de trámites esenciales del proceso -que no son otra cosa que derechos fundamentales del hombre aplicados al procedimiento-; en efecto, señala una fórmula general para sancionar el incumplimiento a las formalidades, cuya sanción es dejar insubsistente lo actuado y se reponga el proceso. En este aspecto vale decir, que ni el texto Constitucional actual lo contiene, lo cual es recomentable incluso en nuestra materia.

2.6 Constitución de 1857.- Precedentes y contenido. "El 2 de enero de 1844 vuelve a ser designado Presidente de la República por el Congreso Nacional y de acuerdo con las citadas Bases Orgánicas el general Santa Anna, quien, pretextando motivos de salud, manifiesta no poder tomar posesión de dicho cargo el primero de febrero siguiente, en cuya virtud se nombró presidente interino a don Valentín Canalizo. En 4 de junio del propio año, Santa Anna asume la presidencia, cesando en sus funciones Canalizo, quien vuelve al interinato presidencial tres meses después a consecuencia de otro de los acostumbrados retiros del "benemérito de la patria" a sus fincas en el Departamento de Veracruz. Hastiado el Congreso por los frecuentes retiros de Santa Anna, que más bién significaban huidas estratégicas de la Presidencia de la República cuando alguno de los muchos problemas que aquejaban a la nación se avecinaba, por decreto de 17 de diciembre de 1844 lo desconoció como Jefe del

Ejecutivo nacional, "por haberse sublevado contra el orden constitucional", ya que no pidió permiso al Congreso para acudir a sofocar el levantamiento de Paredes Arillaga en Jalisco y en vista de que no reconoció al gobierno de don José Joaquín de Herrera, a la sazón designado presidente interino en substitución de Canalizo. Este fracaso político obligó a Santa Anna a desterrarse, embarcandose rumbo a la Habana en junio de 1845." (31)

A virtud del suceso de los territorios de Texas, se inicia la Guerra contra los Estados Unidos. Para hacer frente a la mencionada guerra, se comisiona al general Paredes Arillaga, el cual en lugar de combatir a los extranjeros, se insurrecta, declarándolo presidente interino el Congreso.

El 4 de agosto de 1846, el general liberal Mariano Salas, con base en el Plan de la Ciudadela desconoce el régimen centralista e invita a Santa Anna a unirse a la causa, a que se forme un nuevo Congreso para elaborar una nueva carta magna y entre tanto sucedía esto, a que siguiera rigiendo la Constitución de 1824. En virtud de lo anterior, Santa Anna regresa a la presidencia apoyado por el general Salas. Es entonces cuando el nuevo Congreso Constituyente de nueva cuenta designa a Santa Anna como presidente y se nombra como interino a Gómez Farias, quien a la postre se queda en el poder, restableciendo la Constitución de 1824.

Diversos pronunciamientos se realizaron bajo el gobierno de Gómez Farias " (...) mediante un Acta Constitutiva y de Reformas a través de la cual se proclama la ocupación de los bienes del clero, la clausura de los noviciados, la libertad de cultos, el matrimonio civil, la supresión de la confesión y otros asuntos más." (32).

Debido entre otras cuestiones a la afectación de los derechos de la

(31) BURGOA O., Ignacio. Op., cit., p. 134.

(32) CALZADA PADRON, Feliciano Op. cit., p. 85.

iglesia en el Acta de Reformas, ésta, da fondos para armar a los llamados "polkos", los cuales inician enfrentamientos contra los liberales puros. Los enfrentamientos terminaron cuando por un acuerdo de varios diputados, se decide traer a Santa Anna, el cual regresa a la presidencia y destituye a Gómez Farías, desapareciendo de paso la vicepresidencia.

México pierde parte de sus territorios con los Estados Unidos y se firma el 2 de febrero de 1848 el Tratado de Guadalupe, tras de lo cual "(...) Santa Anna renuncia al poder y abandona el país por el puerto de Veracruz, con rumbo a Jamaica (9 de abril de 1848). Ocupa el cargo de presidente de la República don Manuel de la Peña y Peña, quien se traslada a Querétaro y la declara capital provisional; luego retorna a su antiguo puesto en la Corte Suprema de Justicia, en tanto el Congreso elige como presidente al general José Joaquín Herrera. Este recibió parte de la "indemnización" que ofrecía Estados Unidos. En enero de 1851 asume el poder el general Mariano Arista, quien continúa la Política de Herrera, la reorganización administrativa y del ejército. Arista se vió obligado a reprimir numerosos pronunciamientos fomentados por los militares desplazados, que pedían el retorno de Santa Anna.

En julio de 1852 estalla en Guadalajara una rebelión encabezada por un tal Blancarte, que fue secundado en varias partes del país, especialmente por el clero, los principales propietarios, comerciantes y empleados públicos de la ciudad. La situación derivó en la elaboración del "Plan del Hospicio", el que desconocía a Arista como presidente; se invitaba a Santa Anna a retomar el poder ejecutivo y se exigía la convocatoria de un Congreso que reformara la Constitución.

sin poder sofocar la rebelión, Arista renuncia al cargo, el que deja

en manos de Juan Bautista Ceballos, quien reconoce el "Plan del Hospicio", convoca entonces al Congreso y luego lo disuelve. Por su parte, Manuel María Lombardini, comandante de la guarnición de México, destituye a Ceballos, se adhiere al "Plan del Hospicio" y sume el poder hasta el 20 de abril de 1853, fecha en que Santa Anna, que se encontraba en Colombia, es declarado presidente." (33)

Ya de regreso en México, el General Santa Anna apoyado por la aristocracia y por un gabinete presidido por Don Lucas Alamán "(...) suprime con la mano derecha las legislaturas provinciales y funda con la mano izquierda una flamante Secretaría de Fomento, Colonización Industria y Comercio. El 25, la "ley Lares" prohíbe la impresión de "escritos subversivos, sediciosos, inmorales, injuriosos y calumniosos" y los liberales empiezan a ser víctimas de destituciones, destierros y cárcel." (34)

Gracias a las diferentes circunstancias, pero sobre todo a los absurdos impuestos establecidos en forma caprichosa, así como los lujos desmedidos, se propagó el descontento entre el pueblo y liberales, que terminó por alzarse através del coronel Florencio Villarreal el primero de marzo de 1854, en el que se proclamaba un plan en el que se exigía el derrocamiento del dictador y la convocatoria a un Congreso Constituyente. "Al frente de la realización del plan se puso don Juan Alvarez, cacique viejo y prestigiado "de los breñales del sur". El coronel Ignacio Comonfort secundó y reformó el plan en Acapulco. Al texto primitivo le agregó un párrafo que demostraba la presencia en el movimiento rebelde no sólo del grupo lento, sino también de los puros. El presidente salió a combatir a los rebeldes con un ejército de cinco mil hombres. Derrotado,

(33) Op. cit., p. 87.

(34) VARIOS AUTORES. Historia Mínima de México. Op. cit., 107.

Santa Anna dejó furtivamente el país en Agosto de 1855. Una junta de insurrectos nombró presidente interino al general Alvarez, quien gobernó algunos meses con un gabinete formado por cinco "puros": el filósofo Melchor Ocampo, el reformador Ponciano Arriaga, el poeta Guillermo Prieto, el abogado Benito Juárez y el economista Miguel Lerdo de Tejada. El único "moderado" fue el ministro Ignacio Comonfort, a quien cedió la presidencia el general Alvarez. El nuevo presidente se propuso emprender con prudencia las reformas reclamadas por la opinión liberal, pero no hubo día de su gobierno sin revueltas de signo conservador, motivadas por la "ley Juárez", que restringía fueros eclesiásticos, "ley Lerdo" que desamortizaba, los bienes inmuebles en poder de corporaciones civiles y eclesiásticas, y la "ley iglesias", que prohibía a la iglesia el control de los cementerios y el cobro de derechos parroquiales a los pobres. Entre tanto se había expedido la convocatoria para el Congreso Constituyente, y hechas las elecciones, la asamblea constitutiva había empezado a trabajar en 1856." (35)

El 18 de febrero de 1856 se reúne el congreso constituyente que daría origen a la Constitución de 1857, en ella intervinieron una mayoría de diputados puros y minorías de moderados y conservadores, debiendo destacar entre los constituyentes a Ponciano Arriaga, José María Mata, Melchor Ocampo, Ignacio Ramírez y Francisco Zarco.

"En lo fundamental, la Nueva Carta Magna se apeaba a la de 1824. Se inspiraba en los principios ideológicos de la revolución francesa, y en cuanto a la organización política tomaba como modelo la de Estados Unidos de América (...)

El sistema de gobierno establecido era de carácter republicano,

(35) Op., cit. pp. 108 y 109.

representativo, federal y dividido en tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial. Se destacó la prohibición expresa de reelegir de modo sucesivo a los encargados del poder ejecutivo, tanto en la Unión como en los estados.

"La Carta Magna, integrada por VIII títulos y 120 artículos, en los primeros 29 establecía los derechos del hombre y consagraba las siguientes libertades: de enseñanza, de trabajo, de pensamiento, de petición, de asociación, de comercio e imprenta. Además incorporó algunas de las leyes que le había precedido en el gobierno provisional, como la de coacción civil para los votos monásticos, en su artículo quinto; la Ley Juárez, artículo trece; la Ley Lerdo, artículo 27, que retomaba el federalismo, la democracia representativa y permitía al gobierno intervenir en los actos del culto y en las disciplinas eclesiásticas." (36)

La Constitución que nos ocupa, constituye el antecedente inmediato de la vigente, de ahí que tengan muchas similitudes no sólo en los derechos que se tutelan, sino incluso en su redacción.

Los derechos del gobernado en materia penal son:

a) "(...) Los delitos de imprenta serán juzgados por un jurado que califique el hecho, y por otro que aplique la ley y designe la pena." (art. 7);

b) "En la República mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales. Ninguna persona ni corporación puede tener fueros, ni gozar emolumentos que no sean compensación de un servicio público, y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la

disciplina militar. La ley fijará con toda claridad los casos de esta escepción." (art. 13);

c) "No se podrá espedir ninguna ley retroactiva. Nadie puede ser juzgado ni sentenciado; sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y esactamente aplicadas á él, por el tribunal que préviamente haya establecido la ley." (art. 14);

d) "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito infraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y á sus cómplices, poniéndolos sin demora á disposición de la autoridad inmediata." (art. 16);

e) "Nadie puede ser preso por deudas de un carácter puramente civil (...)" (art. 17);

f) "Solo habrá lugar á prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso en que aparezca que el acusado no se le puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo fianza. En ningún caso podrá prolongarse la prisión ó detención por falta de pago de honorarios, ó de cualquier otra ministración de dinero." (art. 18);

g) "Ninguna detención podrá esceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto motivado de prisión y los demas requisitos que establezca la ley. El solo lapso de este término, constituye responsables á la autoridad que la ordena ó consiente y á los agentes, ministros, alcaides ó carceleros que la ejecuten. Todo maltratamiento en la aprehensión ó en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela ó contribucion en las cárceles, es un abuso que deben corregir las leyes y castigar severamente las autoridades." (art. 19);

h) "En todo juicio criminal, el acusado tendrá las siguientes garantías:

I. Que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador, si lo hubiere.

II. Que se le tome su declaración preparatoria dentro de cuarenta y ocho horas, contadas desde que esté disposición de su juez.

III. Que se le caree con los testigos que depongan en su contra.

IV. Que se le faciliten los datos que necesite y consten en el proceso, para preparar sus descargos.

V. Que se le oiga en defensa por sí ó por persona de su confianza, ó por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio, para que elija el que, ó los que le convengan." (art. 20);

i) "La aplicación de las penas propiamente tales, es exclusiva de la autoridad judicial (...)" (art. 21);

j) "Quedan para siempre prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas ó trascendentales." (art. 22);

k) "Para la abolición de la pena de muerte, queda á cargo del poder administrativo el establecer, á la mayor brevedad, el regimen penitenciario. Entre tanto, queda abolida para los delitos políticos, y no podrá estenderse á otros casos mas que al traidor á la patria en guerra estrangera, al salteador de caminos, al incendiario, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación ó ventaja, á los delitos graves del orden militar y á los de piratería que definiere la ley." (art. 23);

1) "Ningun juicio criminal puede tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en juicio se le absuelva ó se le condene. Queda abolida la práctica de absolver de la instancia." (art. 24);

COMENTARIO

El texto constitucional en estudio, tuvo el desacierto de permitir el fuero de guerra para la persona que siendo civil estuviera implicada en una causa militar, así como el de desaparecer el derecho del inculcado a no declarar bajo juramento, lo que a nuestro parecer implica un retroceso en la evolución de los derechos fundamentales del hombre.

Esta Constitución tuvo a su favor el hecho de haber agregado derechos que no habían sido incorporados a los documentos anteriores, como el de que nadie pueda ser encarcelado por deudas de carácter puramente civil; el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito; la prohibición de penas infamantes y en general penas que atenten a la dignidad humana; toda una gama de derechos procesales tendientes a mejorar la garantía de audiencia y dar certidumbre al inculcado de situación legal, tales como: que el juez resuelva la situación jurídica del inculcado dentro de 72 horas, que se le proporcionen los datos que establecen su culpabilidad, el derecho a carearse con quienes deponen en su contra, etc.

2.7 Constitución de 1917.- Precedentes y contenido. Habiendo sido confirmado Ignacio Comonfort en la presidencia de la República en 1957, al intentar poner en práctica el nuevo texto constitucional, se da un levantamiento conservador, basado en el plan de Tacubaya. "Los del partido conservador reconocieron como presidente a Zuloaga. Don Benito Juárez, ministro de la Suprema Corte de Justicia, a quien correspondía ejercer la presidencia de la república cuando faltase su titular, la

asumió, y declaró restablecido el orden constitucional." (37)

En enero de 1858 da inicio una guerra entre los partidos conservador y liberal, que en la historia se le conoce como la guerra de los tres años, en donde el presidente Juárez tiene que abandonar el Distrito Federal, trasladando los poderes de la Federación a Guadalajara y Veracruz.

En 1859 expide Juárez las famosas "Leyes de Reforma" que habrían de estatuir "(...) la nacionalización de los bienes eclesiásticos, el cierre de conventos, el matrimonio y el registro civil, la secularización de los cementerios y la supresión de muchas fiestas religiosas." (38)

Derrotado los conservadores, entra Juárez en la capital el día once de enero de 1861.

Debido a los problemas financieros del país, México declara una moratoria de pagos a Inglaterra, España y Francia, por lo que se inicia una intervención a México; en la que finalmente no intervienen España e Inglaterra por acuerdos diplomáticos, pero si Francia con cierta influencia del grupo conservador mexicano, que impone como emperador a Maximiliano archiduque de Austria.

"Los Estados Unidos, al terminar la guerra civil, pidieron la salida de los franceses. Por su parte, el emperador francés, para defenderse de Prusia, se vió en la necesidad de recoger a las tropas sostenedoras del imperio en México. Maximiliano, sin el ejército europeo, no pudo resistir el empuje de los jercitos liberales de Mariano Escobedo, Ramón Corona y Porfirio Díaz. Se rindió en Querétaro el 15 de mayo de 1867 y fue fusilado en el Cerro de las Campanas el 19 de junio, junto con los

(37) VARIOS AUTORES. Historia Mínima de México. Op. cit., p. 110.

(38) Op. cit., p. 111.

generales Miramón y Mejía." (39)

Restaurada la República en 1867, prácticamente extinta la oposición conservadora, el país se enfrentó al problema de la división los liberales, en donde muchos líderes querían un lugar privilegiado y no estaban contentos con su situación en la sociedad, ya que sin sus rifles y ejércitos habían perdido su gran poderío.

"En fin, como ocurre con todo gran trastorno social, las guerras de Reforma e intervención aceleraron el proceso de maduración de los jóvenes. Sin pasar por las largas y penosas etapas del aprendizaje, saltaron durante la guerra a puestos de mando, de cuyo goce no estaban dispuestos a prescindir simplemente porque había vuelto la paz. Así nació un conflicto de generaciones, no tanto por diferencias de edad o de educación, cuanto por una visión distinta de la vida en general y del país en particular." (40)

El presidente Juárez, tomando en cuenta las circunstancias del país emprendió diversos cambios, convocó a elecciones de todos los puestos de elección popular. fomentó la inversión extranjera en los ferrocarriles reorganizó a los ejércitos, eligió como secretario de gobernación al joven Ignacio L. Vallarta, etc., pero los cambios resultaron insuficientes.

"Lo más grave de todo, sin embargo, fue que persistió el espíritu levantístico de los "héroes", de modo que, en ocasiones con pretextos baladíes y en otras atendibles por la vía de la razón, le organizaron a los presidentes Juárez y Lerdo una serie de motines militares que volvieron al país a la zozobra y la miseria de toda guerra civil. El poco dinero que había para fomentar la economía tuvo que gastarse, como

(39) Op. cit., p. 114.

(40) Op. cit., p. 120.

antes, en armas y municiones" (41)

Así las cosas, después de varios intentos por obtener la presidencia (unas veces en forma legal y otras por la vía de las armas), en noviembre de 1876, sube al poder Don Porfirio Díaz después de un levantamiento en Tecoac.

El gobierno de Don Porfirio Díaz impulsó las inversiones extranjeras, las comunicaciones, las obras portuarias, los bancos, etc.: sin embargo, se polarizaron las clases económicas en forma muy marcada. Las clases acomodadas se hicieron más ricas y los desprotegidos se hicieron más pobres.

La riqueza del país en unas cuantas manos fue el motor que terminaría por dar fin al régimen porfirista.

En 1910 se celebran elecciones en las que de nueva cuenta Porfirio Díaz se reelige presidente, por lo que se le cierran las puertas al entonces nuevo y pujante político Francisco I. Madero (contendiente de Díaz en los comisos), por lo que decidió lanzarse a la rebelión armada el 20 de noviembre de 1910.

Madero refugiado en Estados Unidos, denuncia "(...) el fraude electoral de junio; desconoce los poderes constituidos; el mismo ocupará la presidencia en forma provisional hasta la realización de nuevas elecciones; propone corregir por el camino de la ley los abusos cometidos durante el Porfiriato en el campo y hace un llamado a las armas para el 20 de noviembre. Estos serán los aspectos fundamentales del Plan de San Luis Potosí (...)" (42). Se unen posteriormente a Madero Pascual Orozco y Francisco Villa, en quienes se fundaría gran parte de su fuerza.

Díaz renuncia a la presidencia seis meses después de iniciada la

(41) Op. cit., p. 122.

(42) Op. cit., p. 138.

revolución, no sin antes haber sufrido varias derrotas en sus fuerzas leales.

En 1911 se convoca a elecciones en las que sale triunfante Francisco I. Madero.

Madero de ideas democráticas, aglutina en el poder a diversas facciones, incluso de gente porfirista, creando con esto un clima de división en su gobierno.

Víctima de traiciones y en un clima de alarma de los inversionistas extranjeros, Madero es asesinado en combinación con la embajada de Estados Unidos.

Muerto Madero, sube Victoriano Huerta al poder apoyado por los conspiradores, que al no representar los intereses de los revolucionarios, éstos se reagrupan, pero ahora encabezados por Venustiano Carranza, quien toma el poder en julio de 1914.

"Carranza, el nuevo jefe, tenía un agudo instinto político. Aprendida la lección del pasado inmediato disolvió la maquinaria militar heredada del Porfiriato y se empeñó en consolidar un gobierno poderoso que decía, a su tiempo hiciera posibles las transformaciones sociales y económicas necesarias. Sostenía también que sólo la unidad revolucionaria podría resistir a las presiones del extranjero y exigir respeto a la soberanía nacional." (43)

No obstante varios de los aciertos de Carranza, las presiones continuaron y particularmente en la materia agraria. Los revolucionarios se habían dividido.

Se había estado gestando entre los intelectuales de la época la idea de que la Constitución, debía de incluir garantías sociales que acogieran

(43) Op. cit., p. 141.

a las clases desprotegidas, haciendo a un lado aquel liberalismo en donde sólo importaban los derechos individuales.

En razón de las circunstancias, "Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, publica dos decretos presidenciales el primero de los cuales con fecha del 14 de septiembre de 1916, por el que convocaba a un Congreso Constituyente que se reuniría para reformar la Constitución de 1857, y debería iniciar sus labores el primero de diciembre del mismo año, para concluir las el 31 de enero de 1917. El segundo decreto, fechado el 19 del mismo mes y año, fijaba la celebración de las elecciones de diputados para el 22 de octubre de 1916." (44)

Iniciaron las sesiones el día primero de diciembre de 1916, y se terminaron después del medio día del 31 de enero de 1917, promulgándose finalmente la Constitución el 5 de febrero de 1917.

En la Constitución de 1917 se establece una república federal, se dividen los poderes en ejecutivo, legislativo y judicial, se introducen varias instituciones jurídicas bajo un prisma social, entre las que se pueden destacar la propiedad originaria de la Nación, la prohibición de latifundios, prohibición de los monopolios, el régimen judicial, el régimen de la pequeña propiedad, un nuevo régimen laboral con sendos derechos para los trabajadores, etc., plasmando en general los ideales de la revolución, estando considerada por muchos en su momento, como una de las constituciones más avanzadas del mundo.

Este documento se enriqueció con importantes innovaciones que no se encontraban en la Constitución de 1857, en lo que respecta a la materia penal, por lo que la supera en la materia que nos ocupa.

Esta Constitución contiene los siguientes derechos en materia penal:

a) "(...) En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito.

Las leyes orgánicas dictarán cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que, so pretexto de las denuncias por delitos de prensa, sean encarcelados los expendedores, "papeleros", operarios y demás empleados del establecimiento de donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquéllos." (art. 7):

b) "Nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales, en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda." (art. 13);

c) "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada

por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata." (art. 14):

d) "No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido, en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano." (art. 15):

e) "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculcado, hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial. En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia,

levantándose, al concluiría, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado, o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia (...)" (art. 16);

f) "Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley; su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales." (art. 17);

g) "Solo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de esta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados (...)" (art. 18);

h) "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición hace responsables a la autoridad que ordene la detención, o la consienta, y a los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecuten.

Todo proceso se seguirá forzosamente 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 aquél ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

Todo maltratamiento en la aprehensión o en las prisiones; toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades." (art. 19);

i) "En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza que fijará el juez tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juez en su aceptación.

En ningún caso la fianza o caución será mayor de \$ 250,000.00, a no ser que se trate de un delito que represente para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un daño patrimonial, pues en esos casos la garantía será, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado;

II. No podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto;

III. Se le hará 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, rindiendo en este acto su declaración preparatoria;

IV. Será careado con los testigos que depongan en su contra, los que declararán en su presencia si estuviesen en el lugar del juicio, para que pueda hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa;

V. Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso;

VI. Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la nación;

VII. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso;

VIII. Será 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 excediere de ese tiempo;

IX. Se le oirá 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 presentará lista de defensores de oficio para que elija el que o los que le convengan. Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que éste se halle

presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite, y

X. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil, o algún otro motivo análogo.

Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención." (art. 20);

j) "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél (...)" (art. 21);

K) "Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cuales quiera otras penas inusitadas y trascendentales.

No se considerará como confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona, hecha por la autoridad judicial, para el pago de responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas.

Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar." (art. 22);

l) "Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie

puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva, o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia." (art. 23);

m) "Los alcaldes y carceleros que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión de un detenido, dentro de las setenta y dos horas que señala el artículo 19, contadas desde que aquél esté a disposición de su juez, deberá llamar la atención de éste sobre el particular, en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada, dentro de las tres horas siguientes, lo pondrán en libertad.

Los infractores del artículo citado y de esta disposición serán consignados inmediatamente a la autoridad competente.

También será consignado a la autoridad o agente de ella, el que, realizada una aprehensión no pusiere al detenido a disposición de su juez, dentro de las veinticuatro horas siguientes.

Si la detención se verificare fuera del lugar en que reside el juez, al término mencionado se agregará el suficiente para recorrer la distancia que hubiere entre dicho lugar y el en que se efectuó la detención." (art. 107 frac. XVIII).

COMENTARIO

En el texto en comento, se retrocede en la evolución de los derechos humanos al reimplantarse la pena de muerte, ya que el texto anterior lo prohibía; se dejaron fuera importantes derechos de los inculcados, tales como la prohibición de la declaración bajo protesta del inculcado; el derecho a ser considerado inocente hasta que se demuestre lo contrario;

A favor de este documento se puede decir, que en general supera a los textos constitucionales que le preceden, ya que aumentó algunos derechos del gobernado frente a la autoridad, como son la abolición del fuero de

guerra para las personas que no siendo militares, estén implicados en un delito del mismo fuero; se regula más ampliamente la libertad bajo fianza; se establece el término de 24 horas para poner a disposición del juez al detenido; se garantiza al inculcado que será procesado por el delito que se le dictó en el auto de formal prisión; se fija una duración a los procesos penales, etc. En forma especial debemos comentar que se facultó al Ministerio Público para la investigación de los delitos, dando origen a lo que actualmente se conoce como averiguación previa, evitando así que se concentraran las facultades investigadoras y de resolución en los jueces, ya que la experiencia había demostrado que esto originaba abusos.

Siendo la Constitución de 1917 el ordenamiento en vigor, su estudio como actualmente se encuentra, se hará en el capítulo cuarto de este trabajo.

CAPITULO TERCERO
CONCEPTOS PRELIMINARES

3.1 Delito. Con respecto a la etimología de delito, expresa el maestro Fernando Castellanos Tena (45) :

"La palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley."

El significado de la palabra delito según la etimología, representa en buena medida, el sentir común de lo que esta palabra ontraña para la colectividad, ya que para casi todas las personas, el que delinque se aparta del buen camino; sin embargo, no representa el verdadero significado legal.

Por otra parte, el delito se ha estudiado por varias de las ciencias causales-explicativas, argumentándose varias definiciones, sin que para los efectos estrictamente legales nos sirvan, en virtud de que el delito pertenece como concepto al derecho, ya que es ahí en donde se gesta y se desarrolla, es decir, dentro del orden jurídico.

Desde el punto de vista jurídico se han elaborado definiciones formales y las substanciales. En las formales se atiende a la ley en tanto que determina una amenaza de sanción a una conducta; siguiendo este criterio el Código Penal Federal en su artículo 7 señala:

"Delito es el acto u omisión que sanciones las leyes penales."

A nuestro parecer, el criterio formalista es incompleto, ya que sólo se alude a la sanción a cierta conducta, y por tanto no se toma en cuenta a los demás elementos del delito.

En las definiciones substanciales se atiende al contenido del delito,

(45) CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. vigésima séptima edición, Editorial Porrúa S. A., México, 1989, p. 125.

por lo que las consideramos las más completas por cuanto a que toman en consideración a todos los elementos que convergen en el mismo. Así las cosas, siguiendo este criterio, Jiménez de Asúa nos dice que el delito es:

"(...) el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal."(46)

Esta definición no está exenta de críticas, sin embargo, tiene la virtud de señalar los elementos que se presentan en el delito, tales como la conducta, la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad, la imputabilidad y la punibilidad.

La conducta la podemos definir como "(...) el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito." (47); a la tipicidad como "(...) el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley." (48); a la antijuricidad como "(...) la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo." (49); a la culpabilidad como "(...) el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto." (50); a las condiciones objetivas de punibilidad como "(...) aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación." (51); a la imputabilidad como "(...) la capacidad de entender y querer en el campo del Derecho Penal."(52); y finalmente a la punibilidad la debemos entender como

(46) La Ley y el Delito, pag. 256, Editorial A. Bello, Caracas. Citado por Fernando Castellanos Tena. Op. cit., p. 130.

(47) Op. cit., p. 149.

(48) Op. cit., p. 168.

(49) Op. cit., p. 178.

(50) Op. cit., p. 234.

(51) Op. cit., p. 278.

(52) Op. cit., p. 217.

"(...) el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta." (53)

El vocabo delito, se presenta en el artículo 16 segundo párrafo, 18 primer párrafo, 21 primer párrafo y 23 de la Constitución.

3.2 Denuncia. El maestro Manuel Rivera Silva define a la denuncia como:

"La relación de actos, que se suponen delictuosos, hecha ante la autoridad investigadora con el fin de que ésta tenga conocimiento de ellos." (54)

Como se desprende de la definición dada por el distinguido jurista, la denuncia es una relación de hechos -más que de actos-, ante la autoridad investigadora; sin embargo, no se indica ante cual autoridad se presenta.

Por su parte, el jurista Jesus Zamora Pierce define a la denuncia como:

"(...) la noticia que da cualquier persona a la autoridad competente sobre determinado hecho posiblemente constitutivo de un delito perseguible de oficio."(55)

En la definición antes citada, vemos que se alude a una noticia que se da a la autoridad competente -lo que implica una relación de hechos-; pero, no se indica cual es la autoridad ante quien se presenta. La definición tiene la virtud de señalar que la noticia se debe de referir a hechos posiblemente delictuosos perseguibles de oficio, con lo que se indica una característica de la denuncia.

(53) Op. cit., p. 130.

(54) RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal. décimo séptima edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1988, p. 98.

(55) ZAMORA PIERCE, Jesus. Garantías y Proceso Penal, séptima edición, editorial Porrúa S. A., México 1994, p. 15.

Por nuestra parte, definimos a la denuncia como:

La noticia que cualquier persona puede hacer del conocimiento del Ministerio Público o la Policía Ministerial, sobre un hecho posiblemente constitutivo de un delito perseguible de oficio.

Elementos de la definición propuesta:

a) Noticia que cualquier persona puede dar a conocer. La noticia de que se informa, la pueden hacer al órgano investigador todas las personas, ya que no existe impedimento legal alguno para hacerlo.

b) Tiene que ser hecha ante el Ministerio Público o la Policía Ministerial. Necesariamente debe recibir la denuncia el Ministerio Público o la Policía Ministerial -también conocida como judicial-, en razón de que la primera de las autoridades tiene el encargo de investigar los delitos y la segunda de auxiliarse en esa tarea, de acuerdo con el artículo 21 constitucional primer párrafo, por lo que son a quienes compete recabar la información del ilícito. En este sentido, los artículos 274 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el 116 del Código Federal de Procedimientos Penales, indican que ambas autoridades pueden recibir la denuncia.

c) De un hecho posiblemente constitutivo de un delito perseguible de oficio. La noticia de que se informa tiene que ser al menos en hipótesis un delito de los llamados de oficio, en los cuales cualquier persona puede hacerlos del conocimiento de la autoridad investigadora, ya que sino carecería de sentido denunciar.

Este vocablo se presenta en el artículo 16 párrafo segundo de la Constitución Política.

3.3 Querrela. El maestro Manuel Rivera Silva define a esta figura jurídica como:

"(...) como la relación de hechos expuesta por el ofendido ante el Órgano investigador, con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito." (56)

La definición en cuestión es acertada al mencionar que la relación de los hechos dada al órgano investigador -aunque no indica que autoridad es- la hace el ofendido; sin embargo, no señala que el ofendido sea el único que la puede hacer -requisito indispensable en la querrela-. Así mismo, tiene el acierto de señalar, que se debe de exteriorizar la intención de que se proceda penalmente en contra del autor del ilícito.

Por su parte el jurista Guillermo Colín Sánchez nos define a la querrela como:

"(...) un derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades y dar su anuencia para que sea perseguido."(57)

La definición antes citada, posee las cualidades de señalar que la querrela es un derecho potestativo del ofendido del delito y de que para que proceda se necesita su consentimiento; pero, no señala ante qué autoridades se debe de presentar y tampoco de que derecho se trata.

Por nuestra parte proponemos la siguiente definición:

Es la noticia que se da a conocer al Ministerio Público, de un hecho posiblemente constitutivo de un delito perseguible a petición del ofendido, con el deseo manifiesto de que se sancione al autor del mismo.

Son elementos de la definición propuesta:

a) Es la noticia que se da a conocer al Ministerio Público. El único facultado para recibir la información es el Ministerio Público, ya que es

(56) RIVERA SILVA, Manuel. Op. cit., p. 112.

(57) COLÍN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, décima tercera edición, Editorial Porrúa S. A., México 1992, p. 265.

quien tiene el encargo de realizar la investigación de los delitos. Los códigos procesales de la federación y del Distrito Federal, en los artículos 116 y 274, excluyen a la Policía Judicial (también conocida como ministerial) para recibir este tipo de delitos.

b) De un hecho posiblemente constitutivo de un delito perseguible a petición del ofendido. Para que sea querrela es necesario que el delito de que se trate sea investigado y sancionado a petición de parte ofendida, ya que si no es así, se trataría de la denuncia, en la cual cualquiera puede hacerlo.

c) Con el deseo manifiesto de que se sancione al autor. El deseo manifiesto del ofendido -persona que se ve afectada por el delito- para sancionar, es necesaria, ya que el delito sólo es perseguible a su petición y no a ruego de otra persona. De no ser de esta forma, lo podría hacer cualquier persona, característica que pertenece a la denuncia.

Por otra parte, es importante explicar el término acusación, ya que el artículo 16 párrafo segundo de la Constitución lo cita junto a la denuncia y a la querrela, cuando se mencionan los requisitos de la orden de aprehensión. Ya desde desde el siglo pasado la "(...) acusación era sinónimo del término querrela, así como lo eran los términos delación y denuncia. Este era el lenguaje forense con el que estaban familiarizados los constituyentes de 1917, luego entonces, cuando se refieren en el artículo 16 a "denuncia, acusación o querrela", están empleando estos últimos dos términos como sinónimos y, al omitir mencionar la pesquisa, la están prohibiendo." (58)

El vocablo querrela se presenta en el artículo 16 párrafo segundo de la Constitución Política.

3.4 Averiguación Previa. Con respecto a esta figura jurídica, nos dice Alberto del Castillo del Valle:

"Es el procedimiento jurídico-legal que se substancia y desarrolla ante el Ministerio Público (federal o local), a fin de investigar diversos hechos que pueden constituir delito. Este procedimiento tiene una vigencia desde la denuncia, acusación o querrela, hasta la resolución que emita el Ministerio Público y en la cual determine si decide ejercitar la acción penal o, por el contrario, considera que no debe ser ejercitada la misma." (59)

Como advierte el prestigiado maestro, la averiguación previa es un procedimiento legal, en el cual el Ministerio Público investiga hechos que pueden constituir un delito y no tiene otro efecto, ya que este es el propósito de este procedimiento. La averiguación previa tiene como fin una resolución en la que se ejercite la acción penal, solicitando una sanción y otra en la que no ejercita la mencionada acción, ya sea decretando lo que se conoce como reserva o bien el archivo.

El vocablo averiguación previa se cita en el penúltimo párrafo del artículo 20 de la Constitución Política; en el artículo 21 del mismo ordenamiento, se alude a esta en forma indirecta, al señalar que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, ya que cuando se habla de persecución de delitos, se trata en realidad de la investigación de estos.

3.5 Ministerio Público. El maestro Guillermo Colín Sánchez define a este como:

"(...) una institución dependiente del Estado (Poder Ejecutivo) que actúa en representación del interés social en el ejercicio de la

acción penal y la tutela social, en todos aquellos casos que le asignan las leyes."(60)

Como se advierte en la definición anterior, el Ministerio Público (local o federal) es una institución dependiente del estado, ya que se rige por una la Ley Orgánica y cuenta con un procurador que es elegido por el ejecutivo, quien será el encargado de dirigirla. En razón de lo anterior, su naturaleza es de derecho administrativo.

La institución Ministerio Público desarrolla diversas funciones, de ahí que tenga ingerencia en varias materias por considerarse como el representante de los intereses de la sociedad; así, vemos como la ley le dá intervención en las sucesiones, las quiebras, en el Juicio de Amparo, en los divorcios, etc.

En la materia penal, de acuerdo con el artículo 21 constitucional incumbe al Ministerio Público la persecución de los delitos, por lo que se considera que posee el llamado monopolio de la acción penal y por tanto es quién desarrolla y agota la averiguación previa.

Además del artículo 21, se alude al Ministerio Público en el 16 párrafo quinto y séptimo de la Constitución.

3.6 Policía Judicial. El Licenciado Cesar Augusto Osorio y Nieto, define a la Policía Judicial como:

"(...) la corporación de apoyo al Ministerio Público, que por disposición constitucional, auxilia a aquél en la persecución de los delitos y que actúa bajo la autoridad y mando del Ministerio Público."(61)

La definición en estudio posee la virtud de señalar que la citada

(60) COLIN SANCHEZ, Guillermo. Op. cit., p. 87.

(61) OSORIO y NIETO, Augusto. La Averiguación Previa, Editorial Porrúa, cuarta edición, México 1989, p. 54.

policía auxilia al Ministerio Público en la persecución de los delitos y de que actúa bajo su autoridad y mando; sin embargo no señala que dicho cuerpo policiaco tiene otras funciones.

Por su parte el maestro Guillermo Colín Sánchez expresa:

"El cuerpo de policía denominado Policía Judicial, es un auxiliar de los órganos de la justicia, del Ministerio Público en la investigación de los delitos, búsqueda de las pruebas, presentación de testigos, ofendidos e inculcados, y de la autoridad judicial en la ejecución de las órdenes que dicta (presentación, aprehensión e investigación)."(62)

En la definición anterior, se expresan acertadamente las funciones que desarrolla la Policía Judicial -también denominada Ministerial-, tales como la búsqueda de pruebas, presentación de testigos, etc.; pero, no se hace alusión a que es una autoridad dependiente del Estado al igual que el Ministerio Público.

Por nuestra parte, proponemos la siguiente definición de la policía judicial:

Es una institución dependiente del Estado, jerárquicamente subordinada al Ministerio Público, que ayuda a la investigación de los delitos, presentación de testigos, ofendidos y cumplimenta las órdenes de aprehensión así como de presentación.

Son elementos de la definición que se propone:

a) Es una institución dependiente del Estado. La Policía Judicial al formar parte de la administración pública, es una institución que goza de esta misma naturaleza; en este orden de ideas, la citada policía forma parte de una dependencia del Estado, en este caso, la Procuraduría General de la República o en su caso de las procuradurías locales.

b) Jerárquicamente subordinada al Ministerio Público. No obstante que la citada policía goza de autonomía administrativa en relación con las demás direcciones que forman las distintas procuradurías, el multicitado cuerpo policiaco está subordinado al Ministerio Público en la investigación de los delitos; en este aspecto, el artículo 21 constitucional primer párrafo, es por demás claro al indicar que la policía en estudio está bajo el mando del Ministerio Público, lo que implica que no obre de motu propio en la investigación de los ilícitos.

c) Ayuda en la investigación de los delitos, presentación de los testigos, ofendidos y cumplimenta las órdenes de aprehensión y presentación. Las funciones que puede desarrollar la policía ministerial son variadas, las que no sólo se limitarán a auxiliar al Ministerio Público en las conductas descritas al inicio de este inciso, sino que incluso apoyará al juez de la causa penal, cumplimentando la orden de aprehensión girada por este.

Por otra parte, debe quedar asentado que la denominación del cuerpo policiaco que nos ocupa es impropio y "(...) se conserva como una reminiscencia de la etapa anterior a la Constitución vigente, en la que residía en los órganos jurisdiccionales la facultad investigadora, para cuya realización se instituyó un grupo de empleados a su servicio, encargados de ejecutar y cumplir sus órdenes." (63)

3.7 Acción penal. Para el maestro Eduardo Pallares la acción penal es:

"(...) una acción pública ejercitada en representación del Estado por el Ministerio Público, y cuyo objeto es obtener la aplicación de la

(63) Ibidem.

ley penal."(64)

La definición dada por el distinguido jurista, tiene la virtud de señalar, que la acción en estudio es pública y que su objeto es obtener la aplicación de la ley penal; no obstante, adolece del defecto de no indicar ante quién se ejercita.

Por su parte el Licenciado Cesar Augusto Osorio y Nieto define a la acción penal como:

"(...) la atribución constitucional exclusiva del Ministerio Público por la cual pide al órgano jurisdiccional competente, aplique la ley penal a un caso concreto."(65)

La citada definición contiene los aciertos de indicar que la acción penal es una atribución constitucional del Ministerio Público y de indicar que se pide al órgano jurisdiccional la aplicación de la ley penal a un caso en concreto; sin embargo, no se señala a quien representa el Ministerio Público en el ejercicio de esta acción.

Por nuestra parte, proponemos la siguiente definición de la acción penal:

Es la atribución constitucional que compete al Ministerio Público en representación de la sociedad, de acudir al órgano jurisdiccional solicitándole la aplicación de la ley penal a un caso en particular.

Son elementos de la definición que se propone:

a) Es una atribución constitucional. La acción penal, se encuentra indicada en el artículo 21 primer párrafo de la Constitución, por lo que es una facultad derivada directamente de este ordenamiento.

b) Que compete al Ministerio Público en representación de la

(64) PALLARES, Eduardo. Prontuario de Procedimientos Penales, décimo primera edición, Editorial Porrúa, México 1989, p. 5.

(65) OSORIO y NIETO, Cesar Augusto. Op. cit., p. 23.

sociedad. Es unánime el criterio de considerar al Ministerio Público como representante social. Es el Ministerio Público quien en representación de la sociedad vela porque se sancionen a los infractores del dispositivo penal.

c) Tiene atribuciones para acudir al órgano jurisdiccional solicitando la aplicación de la ley penal a un caso en particular. Siendo los tribunales los encargados de aplicar las leyes, el Ministerio Público tiene que acudir a estos para solicitar la aplicación de la norma a un caso en concreto. El representante social no puede solicitar a un juez que intervenga en un asunto no determinado o general, ya que tiene que ser a un caso en especial.

La acción penal se presenta cuando el Ministerio Público al haber realizado una investigación de un hecho delictuoso, encuentra que se han reunido los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculcado, por lo que decide consignar al juez penal la averiguación correspondiente, a efecto de que sea él quien aplique la ley. La acción penal tiene su fundamento en el artículo 21 constitucional primer párrafo, ya que es ahí donde se establece que incumbe al Ministerio Público perseguir los delitos, de donde se desprende que será él quien se encargue de reunir los elementos necesarios para que se aplique la ley penal y solicitará que la aplique el juez penal, único facultado para hacerlo (artículo 21 primer párrafo).

Se discute mucho en la doctrina acerca del momento en que se ejercita la acción penal, pero consideramos que el momento en que se pone en movimiento, es cuando precisamente el Ministerio Público solicita por primera vez al juez de la causa que tome conocimiento de los hechos presentamente delictuosos.

sociedad. Es unánime el criterio de considerar al Ministerio Público como representante social. Es el Ministerio Público quien en representación de la sociedad vela porque se sancionen a los infractores del dispositivo penal.

c) Tiene atribuciones para acudir al órgano jurisdiccional solicitando la aplicación de la ley penal a un caso en particular. Siendo los tribunales los encargados de aplicar las leyes, el Ministerio Público tiene que acudir a estos para solicitar la aplicación de la norma a un caso en concreto. El representante social no puede solicitar a un juez que intervenga en un asunto no determinado o general, ya que tiene que ser a un caso en especial.

La acción penal se presenta cuando el Ministerio Público al haber realizado una investigación de un hecho delictuoso, encuentra que se han reunido los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculcado, por lo que decide consignar al juez penal la averiguación correspondiente, a efecto de que sea él quien aplique la ley. La acción penal tiene su fundamento en el artículo 21 constitucional primer párrafo, ya que es ahí donde se establece que incumbe al Ministerio Público perseguir los delitos, de donde se desprende que será él quien se encargue de reunir los elementos necesarios para que se aplique la ley penal y solicitará que la aplique el juez penal, único facultado para hacerlo (artículo 21 primer párrafo).

Se discute mucho en la doctrina acerca del momento en que se ejercita la acción penal, pero consideramos que el momento en que se pone en movimiento, es cuando precisamente el Ministerio Público solicita por primera vez al juez de la causa que tome conocimiento de los hechos presuntamente delictuosos.

3.8 Proceso.- Para Manuel Rivera Silva el proceso es :

"(...) conjunto de actividades, debidamente reglamentadas y en virtud de las cuales los órganos jurisdiccionales, previamente excitados para su actuación por el Ministerio Público, resuelven sobre una relación jurídica que se les plantea." (66)

El mismo jurista explica que los elementos de la definición son:

- "a) Un conjunto de actividades;
- b) Un conjunto de normas que regulan estas actividades, y
- c) Un órgano especial que decide, en los casos concretos, sobre las consecuencias que la ley prevé." (67)

Como lo señala el distinguido jurista, el proceso penal se revela como una serie de actividades procesales, establecidas por ley, através de las cuales, el órgano jurisdiccional al final del mismo decide de la pretensión ejercitada por el Ministerio Público. El proceso guarda entre sí una secuencia, ya que sus etapas se van sucediendo, hasta llegar a la sentencia.

La palabra proceso se presenta en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

3.9 Orden de Aprehensión.- Con respecto a esta figura jurídica nos dice el maestro Guillermo Colín Sánchez:

"Desde el punto de vista procesal, es una resolución judicial en la que, con base en el pedimento del Ministerio Público y satisfechos los requisitos del artículo 16 constitucional, se ordena la captura de un sujeto determinado, para que sea puesto, de inmediato, a disposición de la autoridad que lo reclama, o requiere, con el fin de que conozca todo

lo referente a la conducta o hecho que se le atribuye. " (68)

La definición posee la virtud de señalar que la orden en cuestión es una resolución judicial, que hay un pedimento del Ministerio Público y que se reúnen los requisitos del artículo 16 constitucional; no obstante, consideramos que no tiene como fin que el inculpado conozca la conducta que se le atribuye, en razón de que ésta es una consecuencia del proceso. A nuestro parecer, la orden citada busca asegurar al inculpado a efecto de que responda a los hechos delictuosos cometidos. Es por ello que el Licenciado Jorge Alberto Silva Silva señala:

"La orden de aprehensión es la providencia cautelar, dispuesta por el tribunal, para que por conducto de un ejecutor sea presentada físicamente una persona, con el fin de lograr los aseguramientos propios que las medidas privativas de libertad implican (asegurar eventual condena, presencia al proceso, impedir destruya pruebas, etc.)."(69)

Por su parte el maestro Jorge Alberto Mancilla Ovando define a la orden de aprehensión como:

"(...) un acto de autoridad, en virtud del cual el juez competente determina la detención de un gobernado, al iniciarse el proceso penal o durante él; sin que exista sentencia que declare que se ha cometido el delito y que el inculpado es responsable penalmente."(70)

La definición citada posee diversos elementos que son positivos, tales como indicar que la orden en estudio es un acto de autoridad, que lo debe de dictar una autoridad competente, que se dicta al inicio del proceso penal o durante él y sin que exista sentencia declarando responsa-

(68) COLIN SANCHEZ, Guillermo. Op. cit., p. 298.

(69) SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal, segunda edición, Editorial Harla S. A., México 1995, p. 498.

(70) MANCILLA OVANDO Jorge Alberto. Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal, sexta edición, Editorial Porrúa S. A., México 1995, p. 115.

bilidad del inculpaado; sin embargo, no se indica el fin primordial de la referida orden, como lo es el aseguramiento del inculpaado.

Por nuestra parte, proponemos la siguiente definición de la orden de aprehensión:

Es el acto de autoridad, por virtud del cual un juez competente dicta una resolución provisional, a pedimento del Ministerio Público, en la que se ordena la captura de una persona física, para que sea puesta a su disposición, debido a que se hayan reunidos los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, con respecto a un delito que se le atribuye.

Son elementos de la definición que se propone:

a) Es un acto de autoridad. Se dice que es un acto de autoridad por estar emitido por el Estado, lo que implica que se dicta con facultades de imperio y por tanto no es potestativo del particular cumplirlo.

b) Es una resolución provisional que la debe de dictar un juez competente, para que una persona física sea puesta a su disposición. Decimos que es una resolución provisional, ya que la orden de privación de la libertad no es definitiva, ya que después de que sea asegurada la persona, habrá todo un proceso, en el cual se dilucidará en forma definitiva la responsabilidad en el ilícito y por tanto la libertad.

c) Debe haber pedimento del Ministerio Público. Este requisito se da en razón del sistema en que se encuentra inmerso nuestro proceso penal, ya que el juzgador debe de obrar en forma imparcial y no tomar partido como parte acusadora debido a que corresponde al Ministerio Público la persecución de los delitos.

d) Que se hayan reunido los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad. Estos elementos se estudiarán cuando se analice el

artículo 16 constitucional.

e) Debe de ser decretada en contra de una persona a quien se le atribuya la comisión de un delito. La orden en estudio se debe de decretar en contra de quien se encuentra relacionado como responsable en un ilícito y no en contra de cualquier persona.

La frase orden de aprehensión se encuentra en el artículo 16 segundo párrafo de la Constitución.

3.10 Auto de Formal Prisión.- El maestro Guillermo Colín Sánchez nos dice acerca de este tema :

"De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 19 constitucional y las leyes adjetivas, Federal y del Distrito, el auto de formal prisión, es la resolución pronunciada por el juez, para resolver la situación jurídica del procesado al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas, por estar comprobados los elementos integrantes del cuerpo de un delito que merezca pena corporal y los datos suficientes para presumir la responsabilidad; siempre y cuando, no esté probada a favor del procesado una causa de justificación, o que extinga la acción penal, para así determinar el delito o delitos por los que ha de seguirse el proceso." (71)

De lo expuesto por el jurista en comento, sólo podemos agregar que a virtud de las reformas constitucionales de 1994, se dejó de utilizar las palabras "cuerpo del delito", por las de "elementos del tipo penal", que a nuestro punto de vista no implican significado diverso, ya que ambas quieren decir, que se está comprobando la comisión de un delito en particular, tal como lo prevé el catálogo penal.

3.11 Sentencia.- Con respecto al significado gramatical de las
(71) COLIN SANCHEZ, Guillermo. Op. cit., p. 324.

sentencias, el maestro Carlos Arellano García nos dice:

"(...) la significación gramatical de la sentencia se refiere al acto culminante dentro del proceso, cuando el juzgador, después de haber conocido de los hechos controvertidos, de las pruebas aportadas por las partes y de las conclusiones o alegatos que ellas han formulado, se forma un criterio y produce un fallo en el que, en ejercicio de la función jurisdiccional, decide lo que, en su concepto, y conforme a derecho, es procedente." (72)

Si bien es cierto que el significado gramatical de la palabra sentencia que se acaba de dar, nos permite obtener una idea clara de lo que entraña la misma, es importante dejar asentado un concepto de la sentencia, pero aplicado a la materia penal; así, tenemos que para el jurista Guillermo Colín Sánchez es:

"(...) la resolución judicial que, fundada en los elementos del injusto punible y en las circunstancias objetivas y subjetivas condicionantes del delito, resuelve la pretensión punitiva estatal individualizando el derecho, poniendo con ello fin a la instancia." (73)

Al explicar esta definición, el supracitado maestro nos dice :

"La calificamos como resolución judicial, porque el juez a través de ésta resuelve por mandato legal el fondo del proceso sometido a su conocimiento. No es como las demás determinaciones emitidas durante la secuela procesal; en ella la jurisdicción alcanza su máxima expresión; se vuelca plenamente en cuanto al objeto y fines para los cuales fue concebida. Es el acto procesal más trascendente; en él se individualiza el derecho, estableciendo si la conducta o hecho se adecúa a uno o más

(72) ARELLANO GARCIA, Carlos. Derecho Procesal Civil, segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1987, p. 431.

(73) COLIN SANCHEZ, Guillermo. Op. cit., p. 486.

preceptos legales determinados, para así, mediante el concurso de la verdad histórica y el estudio de la personalidad del delincuente, declarar: la culpabilidad del acusado, la procedencia de la sanción, de la medida de seguridad, o, por el contrario, la inexistencia del delito, o que, aun habiéndose cometido, no se demostró la culpabilidad del acusado: situaciones que definen la pretensión punitiva estatal y producen como consecuencia la terminación de la instancia." (74)

La palabra sentencia la encontramos en el artículo 20 fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

(74) Ibidem.

CAPITULO CUARTO
ANALISIS DE LAS GARANTIAS PENALES
CONTENIDAS EN LA CONSTITUCION

4.1 ANALISIS DEL ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL

Fundamental resulta el estudio de este precepto, ya que tutela valores esenciales en el estado contemporáneo y refleja una clara evolución en el concepto de la justicia legal. De este precepto sólo nos avocaremos al estudio de los tres primeros párrafos.

Nos dice el artículo 14 Constitucional:

"A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

(...)"

Antecedentes. El artículo 14 constitucional "(...) contiene varias disposiciones, por lo que sus precedentes están relacionados con algunos preceptos que en esencia son tres: prohibición de irretroactividad, el derecho o garantía de audiencia y la estricta aplicación de la ley a las resoluciones judiciales. Los dos primeros derivan en una doble influencia, puesto que se apoyan tanto en el derecho angloamericano como en la tradición hispánica, ya que en ambos se prohibía la retroactividad y se establecía la obligatoriedad de un procedimiento judicial para privar a personas.

Por lo que se refiere al derecho constitucional mexicano, práctica

mente todas las constituciones que estuvieron vigentes con anterioridad a la actual consagraron la prohibición de las leyes retroactivas y el derecho de audiencia. Destaca el artículo 31 del Decreto constitucional para la Libertad de América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, en cuanto dispuso: "Ninguno debe ser juzgado ni sentenciado, sino después de haber sido oído legalmente."

Entre los preceptos similares al actual artículo 14, pueden mencionarse los artículos 19 del Acta Constitutiva de la Federación y 148 de la Constitución Federal, de 31 de enero y 4 de octubre de 1824 respectivamente; 20., fracción V, de la primera de las Leyes Constitucionales de 29 de diciembre de 1836; 90., fracción VIII, y 182 de las Bases Orgánicas de 12 de junio de 1843, y finalmente el artículo 14 de la Constitución Federal de 5 de febrero de 1857. Este último, también es el antecedente de la llamada garantía de legalidad de las resoluciones judiciales." (75)

Análisis del primer párrafo del artículo 14 constitucional.- Irretroactividad de la ley. La irretroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna, tal como lo expone el artículo 14 de la Carta Magna, se refiere a que ninguna persona se le puede aplicar una ley (examinar la licitud de un acto jurídico o afectar derechos adquiridos) que no se hayan expedido antes del hecho de que se le juzga. Así, si a un individuo se le juzga por haber cometido un delito, que en el momento de realizarlo no existía legalmente, se comete una infracción a esta garantía constitucional.

En relación a este punto, expresa el maestro Jorge Alberto Mancilla

(75) VARIOS AUTORES. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1985, p. 37.

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

Ovando:

"Lo no legislado constituye la libertad de los particulares, de tal forma que no constituye delito las conductas realizadas hasta antes de la vigencia de Ley Penal. Pretender establecerlo así sería un exceso de poder del legislador ordinario, contrario al principio de legalidad que prohíbe la retroactividad de la disposición legal a hechos ocurridos en el pasado."(76)

La irretroactividad de la ley como se encuentra regulada actualmente, permite necesariamente su aplicación cuando se actúa en beneficio de una persona. Así, si "(...) la ley posterior establece una sanción menor o le quita la calidad de delito a la conducta que hace presunto responsable o responsable penalmente a un gobernado, se debe de aplicar retroactivamente la nueva norma jurídica, juzgársele benévolamente, imponerse la pena más benigna, o dejársele en libertad si la conducta ha dejado de ser delito." (77) este aspecto se encuentra regulado en los artículos 56 y 57 del Código Penal Federal.

La Corte ha confirmado esta interpretación en la siguiente jurisprudencia :

"RETROACTIVIDAD DE LA LEY. La Constitución General de la República consagra el principio de la irretroactividad, cuando la aplicación de la ley causa perjuicio a alguna persona, de donde es deducible la afirmación contraria, de que pueden darse efectos retroactivos a la ley, si esto no causa perjuicio"

Tesis núm. 161 visible en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975, octava parte, jurisprudencia común al Pleno y a las Salas, pág. 283.

(76) MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Op. cit., p. 46.

(77) *Ibidem*.

Para el efecto de estudiar la irretroactividad se han realizado diversas teorías; sin embargo, por lo corto de este trabajo, sólo diremos que la Corte adhiriéndose "(...) a la teoría clásica, ha sustentado el criterio de que en tratándose de derechos adquiridos (los que han entrado en el patrimonio de una persona), no es dable aplicar la ley posterior, la cual tiene vigencia para hechos preteritos siempre y cuando vayan a regular simples expectativas de derecho, o sea, se trate de derechos que aún no entran en el patrimonio del gobernado, pero que pueden llegar a formar parte del mismo." (78)

Excepciones a irretroactividad en las materias no penales. La Corte ha establecido excepciones a la irretroactividad de la ley; así, cuando se está afectando el interés público, es dable la aplicación retroactiva. Otra excepción a la irretroactividad, se presenta cuando el poder constituyente legisla a nivel constitucional; ya que a él no le obliga dicha garantía.

Confirma lo expuesto, la siguiente jurisprudencia y ejecutoria:

"Tesis 922. RETROACTIVIDAD DE LA LEY.- Los particulares no pueden adquirir derechos que estén en pugna con el interés público; de suerte que cuando una ley lesiona un derecho de esa clase, no hay retroactividad, aun cuando la existencia del derecho sea anterior a la de la ley."

Apéndice al tomo CXVIII, Quinta Epoca, pág. 1718.

"Tesis 247. RETROACTIVIDAD DE LA LEY, PRECEPTOS CONSTITUCIONALES NO SON IMPUGNABLES POR.- Las leyes retroactivas, o las dicta el legislador común o las expide el constituyente, al establecer los preceptos del Código Político. En el primer caso, no se les podrá dar efecto retroactivo, en perjuicio de alguien, porque lo prohíbe la Constitución; en el

segundo, deberán aplicarse retroactivamente, apesar del artículo 14 constitucional, y que ello importe violación de garantía alguna individual. En la aplicación de los preceptos constitucionales, hay que procurar armonizarlos y si resultan unos en oposición con otros, hay que considerar los especiales como excepción de aquellos que establecen principios o reglas generales. El legislador constituyente, en uso de sus facultades amplísimas, pudo por altas razones políticas, sociales o de interés general establecer casos de excepción al principio de retroactividad, y cuando así haya procedido, tales preceptos deberán aplicarse retroactivamente. Para que una ley sea retroactiva, se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores y esta última circunstancia es esencial."

Jurisprudencia 1917-1975. Octava Parte, pág. 280.

Aplicación de la garantía de irretroactividad de la ley en la materia penal. Consideramos que la materia que nos ocupa no existen excepciones, a este respecto el maestro Jorge Alberto Mancilla Ovando señala:

"En la materia penal la irretroactividad de la ley en perjuicio, no conoce casos de excepción. Ello en virtud de que el legislador constituyente no se ocupa de crear delitos ni de consagrarlos en la Carta Magna y como es el único poder público con facultades para hacerlo, resulta materialmente imposible que lo realice."(79)

Análisis del segundo párrafo del artículo 14 constitucional.- La garantía de audiencia. En el segundo párrafo del precepto en estudio, encontramos la llamada garantía de audiencia, misma que indica: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales

previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho."

Para su estudio, la garantía en cuestión la dividimos en, los bienes jurídicos protegidos y las subgarantías que la integran.

Los bienes jurídicos protegidos son la vida, la libertad, las propiedades, las posesiones y los derechos, los que se explican a continuación:

La vida. Con respecto a la vida, el maestro Ignacio Burgoa nos ilustra diciendo: "(...) la vida humana se traduce en el estado existencial del sujeto, entendiendo por existencia la realización de la esencia desde el punto de vista aristotélico. Por ende, a través del concepto "vida" la garantía de audiencia tutela la existencia misma del gobernado frente a actos de autoridad que pretendan hacer de ella objeto de privación; en otras palabras, mediante él se protege al mismo ser humano en su substantividad psico-física y moral como persona, a su propia individualidad."(80)

La libertad. "En cuanto a la libertad, ésta se preserva por la garantía de audiencia como facultad genérica natural del individuo consistente en la forjación y realización de los fines vitales y en la selección de medios tendientes a conseguirlos; y como tal facultad natural ostenta variados aspectos, constitutivos cada uno de ellos de facultades o libertades específicas, podemos concluir que la mencionada preservación constitucional se extiende a todas estas, sin contraerse a la mera libertad física (...)" (81)

Las propiedades. A la propiedad la podemos definir en palabras del

(80) BURGOA O., Ignacio. Op. cit., p. 540.

(81) Ibidem.

maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez, como:

"(...) el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa, que le permite su aprovechamiento total, o parcial en sentido jurídico y que es oponible a terceros." (82)

De acuerdo con lo expresado, el derecho real de propiedad, permite a su titular un aprovechamiento total de la cosa, es decir, de usar, disfrutar y disponer de él; sin embargo no es absoluto pues tiene límites marcados por la legislación.

La propiedad debe distinguirse con respecto a la posesión originaria, ya que el "(...) derecho de propiedad está investido de una formalidad especial, respecto a bienes inmuebles, consistente en su inscripción o registro público (...)" (83)

Las posesiones. Para explicar lo que es este derecho real, básicamente se han elaborado dos teorías, a saber la subjetiva y la objetiva. La primera cuyo principal precursor Savigny, se basa en dos elementos, el corpus (considerado como el poder físico o de hecho que se tiene sobre una cosa) y el animus (consistente en la intención del sujeto para poseer para sí).

"El corpus representa el contacto directo del sujeto con la cosa; es el punto de partida de la posesión pues con él se inicia aquella, sin que haya necesidad de mantenerla físicamente durante su desplazamiento en el tiempo. Lo que mantiene al sujeto en la posesión es la posibilidad de tener contacto cuando se quiera, aun cuando no se tenga de manera constante.

Ese elemento, el corpus, no se identifica por sí solo con la posesión

(82) DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez, segunda edición, Editorial Porrúa S. A., México, 1990, p. 323.

(83) BURGOA O., Ignacio. Op. cit., p. 540.

misma; se traduce únicamente en la detentación de la cosa.

Para tener la posesión se requiere la participación del animus, como segundo elemento; es la voluntad, la intención del sujeto de poseer para sí, lo que en el parecer de Savigny debe ser considerado como animus domini." (84)

La teoría objetiva, cuyo principal expositor es Ihoring, postula que la posesión se traduce "(...) en un poder de hecho ejercido sobre una cosa por una persona, pero para que ese poder pueda considerarse como posesión se requiere que quien lo desempeña pueda ejercitar todos, alguno o algunos de los derechos atribuibles a la propiedad." (85)

En el derecho mexicano, la posesión tiene como sustento a la teoría objetiva, por lo que podemos decir que la posesión es :

"(...) la detentación directa de una persona respecto de una cosa, es decir, se presenta como la situación objetivamente apreciable, por la que alguien tiene algo en su poder, de tal manera que está consigo y lo usa con exclusividad porque lo tiene físicamente." (86)

De acuerdo con el artículo 790 del Código Civil, es poseedor el que ejerce un poder de hecho sobre una cosa, de lo que necesariamente se desprende que la posesión es la detentación de una cosa, sin que al efecto sea necesaria la voluntad de poseer para sí; cabe agregar, sin embargo, que la noción anterior es general y por lo mismo tiene sus excepciones; así, el que recibe ordenes de otro para poseer por él, no se le considera poseedor (artículo 793 del Código Civil); al propietario arrendador y al arrendatario, se les considera poseedores con respecto al bien arrendado (artículo 791) y finalmente, una persona puede poseer

(84) DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. Op. cit., p. 467.

(85) BURGOA. O., Ignacio. Op. cit., p. 543.

(86) DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. Op. cit., p. 465.

a través de un apoderado.

Confirma lo expuesto, la exposición de motivos del actual Código Civil, ya que estimó que la posesión era una situación de hecho en la que se detentaba un bien. Explica la exposición de motivos:

"Se ensayó implantar la teoría objetiva de la posesión, llegándose más lejos de donde habían llegado los códigos alemán y suizo. En el Proyecto no se exige para conceptuar poseedora a alguna persona el "animus domini" de la escuela clásica, ni siquiera el "animus possidente" de la escuela de transmisión, aceptado por el Código Japonés, sino que basta para adquirir la posesión que se ejerza un verdadero poder de hecho sobre la cosa, en provecho del que la tiene, sin perjudicar a la colectividad, y por eso se reconoce como poseedor al arrendatario y a todos conforme a la antigua escuela poseían a nombre de otro. De acuerdo al proyecto, los llamados detentadores serán poseedores, porque hay que proteger un estado de hecho que tiene valor social y económico por sí mismo. La posesión es la consagración que el derecho hace de una situación de hecho y no se necesita averiguar, desde el punto de vista puramente individualista, lo que quiere y piensa el beneficiario de esta situación de hecho, sino como afecta a la colectividad a la que aquél pertenece como miembro. Más, según que el poseedor reconozca o no en otro el derecho de propiedad de lo poseído, producirá la posesión diferentes efectos, sobre todo, en lo relativo a la prescripción." (87)

No obstante lo expuesto, debemos citar por la importancia que tiene la opinión del maestro Ignacio Burgoa, quien considera que la mera detentación de un bien, no puede ser protegida por la garantía de audiencia, para lo cual afirma:

(87) Citado por DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. Op. cit., p. 474.

"(...) el poder de hecho que se ejerce sobre una cosa necesariamente debe de tener una causa, reconocer un origen (causa possessionis). Si tal causa, por su propia naturaleza, es susceptible de generar para quien desempeña dicho poder fáctico, cualquier derecho normalmente atribuible a la propiedad, excluyendo el que estriba en la disposición de la cosa, entonces se está en presencia de una posesión derivada. En cambio, si la causa possessionis, por su misma índole, imputa al que ejercita el poder de hecho, además del derecho de usar y de disfrutar el bien de que se trate, la facultad de disponer de él (jus abutendi), el caso será posesión originaria. (...)

Pues bien, no distinguiendo el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución sobre si la garantía de audiencia tutela la posesión originaria o la posesión derivada, es lógico concluir que protege a ambas, máxime que el artículo 791 del Código Civil, al que necesariamente remite dicha disposición constitucional, considera como poseedores de la cosa tanto al originario como al derivado. (...) Ahora bien, si cualquiera de los dos posesiones, la originaria y la derivada, como meros poderes fácticos que son, deben reconocer una causa jurídicamente apta para imputar al sujeto que los desempeña alguno o todos los derechos normalmente atribuibles a la propiedad, resulta que la simple tenencia material de un bien, cuando falta dicha causa, no es posesión, por lo que no está tutelada por la garantía de audiencia."(88)

Derechos. Dentro de este apartado la garantía de audiencia adquiere universalidad, ya que protege cualquier derecho subjetivo.

Subgarantías de la garantía de audiencia. La garantía de audiencia la podemos desmembrar o dividir en cuatro, a saber:

(88) BURGOA O., Ignacio. Op. cit., pp. 543 y 544.

- a) Juicio previo a la privación;
- b) Ante tribunales previamente establecidos;
- c) Que se observen las formalidades esenciales del procedimiento;
- d) Que las leyes que regulen el acto sean anteriores a él.

a) Juicio previo a la privación. Cuando se habla de juicio en el precepto, se alude a un procedimiento en general, es decir, la palabra juicio se utiliza en sentido amplio, abarcando incluso a los llevados por autoridades que son materialmente administrativas y no sólo a los implementados por autoridades judiciales.

Para que el juicio llevado a cabo, pueda privar de bienes jurídicos al gobernado, necesita ser anterior al acto de privación. Sin embargo hay que manifestar, que el juicio mediante el cual se priva de algún derecho al gobernado, debe de ser de naturaleza jurisdiccional, no importando que materialmente no lo sean.

Con respecto a lo anterior, Ignacio Burgoa expresa:

"(...) el concepto de "juicio" en que estriba el elemento central de la garantía específica que tratamos, se manifiesta o traduce en un procedimiento en el que se realice una función jurisdiccional tendiente, como el término lo indica, a la dicción del derecho en un positivo y real conflicto jurídico (resolución jurisdiccional fallo o sentencia), o en el que se otorgue o haya otorgado ocasión para que tal conflicto surja o hubiere surgido. Ambas hipótesis, por ende, pueden configurar un juicio para los efectos a que se refiere el artículo 14 constitucional en su segundo párrafo.

Ahora bien, desde el punto de vista de los efectos del acto de privación, dicho procedimiento puede substanciarse ante autoridades materialmente jurisdiccionales o materialmente administrativas, o formal y

materialmente judiciales."(89)

b) Ante tribunales previamente establecidos. La misma flexibilidad del término "juicio" se utiliza con respecto a la palabra "tribunales", es decir, se utiliza en forma amplia.

La noción "(...) de tribunales no debe entenderse en su acepción meramente formal, o sea, considerarse únicamente como tales a los órganos del Estado que están constitucional o legalmente adscritos al Poder Judicial Federal o local, sino dentro de dicho concepto se comprende a cualquiera de las autoridades ante las que debe seguirse el "juicio" de que habla el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución, en las distintas hipótesis que al respecto apuntamos."(90)

"Esta disposición está vinculada con el artículo 13 de la Constitución Federal en cuanto a que prohíbe los llamados "tribunales especiales", en realidad privativos, o sea, aquellos que se han establecido para juzgar a un número determinado de personas, y que se conocen también por el nombre de "tribunales por comisión." En tal virtud, el artículo 14 que examinamos completa ese mandato del artículo 13, exigiendo que los tribunales hayan sido previamente establecidos, es decir, por leyes expedidas con anterioridad a los hechos que se cuestionan."(91)

En la materia penal, esta subgarantía se complementa con el artículo 21 de la constitución cuando establece:

"La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial (...)"

Cuando se hable de autoridad judicial, debemos de entender que son los tribunales que establezca el estado y que como ha quedado expresado, es

(89) BURGOA O., Ignacio. Op. cit., p. 549 y 550.

(90) Ibidem. p. 555.

(91) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada. Op. cit., p. 38.

a quien corresponde imponer las penas.

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en el artículo 10, se establece la garantía en estudio de la siguiente forma:

"Corresponde exclusivamente a los tribunales penales del Distrito Federal:

I. Declarar, en la forma y términos que esta ley establece, cuando un hecho ejecutado en las entidades mencionadas es o no delito;

II. Declarar la responsabilidad o la irresponsabilidad de las personas acusadas ante ellos, y

III. Aplicar las sanciones que señalen las leyes.

Sólo estas declaraciones se tendrán como verdad legal."

c) Que se observen las formalidades esenciales del procedimiento. Todo juicio debe desenvolverse y agotarse para poder privar a un gobernado de sus derechos, pero para agotarse se necesita cumplir con ciertas obligaciones a cargo de la autoridad. Dichas obligaciones inherentes a la función jurisdiccional, no son otras que la oportunidad de defensa en sus diferentes especies de quien se le acusa, demanda o exige el cumplimiento de una prestación.

A este respecto nos dice Ignacio Burgoa :

"(...) la decisión de un conflicto jurídico impone la inaplazable necesidad de conocer éste, y para que el órgano decisorio (tribunal previamente establecido) tenga real y verdadero conocimiento del mismo, se requiere que el sujeto respecto del que se suscita manifieste sus pretensiones. De esta manera, la autoridad que va a dirimir dicho conflicto, esto es, que va a decir el derecho mismo, tiene como obligación ineludible, inherente a toda función jurisdiccional, la de otorgar oportunidad de defensa para que la persona que vaya a ser

víctima de un acto de privación externa sus pretensiones opositoras al mismo. Es por ello por lo que cualquier ordenamiento adjetivo, bien sea civil, penal o administrativo, que regule la función jurisdiccional en diferentes materias, debe por modo necesario y en aras de la índole misma de esa función, estatuir la mencionada oportunidad de defensa u oposición, lo que se traduce en diversos actos procesales, siendo el principal la "notificación al presunto afectado de las exigencias del particular o de la autoridad, en sus respectivos casos, tendientes a la obtención de la privación." (92)

La oportunidad de defensa se puede dividir en dos (93):

1) Derecho a la oposición del presunto afectado, y a lo que se le reclama o acusa.

2) Derecho al ofrecimiento y desahogo de pruebas.

Ambos derechos al ser regulados por los dispositivos jurídicos adquieren diferentes matices.

"Pues bien, cuando un ordenamiento adjetivo, cualquiera que éste sea, consigna dos oportunidades, la de defensa y la probatoria, puede decirse que las erige en formalidades, procesales, las cuales asumen el carácter de esenciales, porque sin ellas la función jurisdiccional no se desempeñaría debida y exhaustivamente. En sentido inverso, si una ley procesal sólo consigna como formalidad una de tales oportunidades, lo que ocurre muy frecuentemente en varios ordenamientos positivos, ostentará indiscutiblemente el vicio de inconstitucionalidad, al auspiciar una privación sin establecer la concurrencia necesaria de ambas ocasiones

(92) BURGOA O., Ignacio. Op. cit., p. 556.

(93) El maestro Alberto del Castillo señala que son dos formalidades esenciales las que se deben dar al gobernado, la oportunidad defensiva y la oportunidad probatoria. Cfr. CASTILLO DEL VALLE, Alberto Del. Garantías ... Op. cit., p. 32.

indispensables para la debida culminación de la función multicitada."(94)

Las formalidades esenciales en la materia penal. A nivel constitucional encontramos en forma especifica las formalidades esenciales en el artículo 20 fracciones II, III, IV, V, VI, VII y IX.

Las diversas garantías que se desprenden del artículo 20 constitucional, serán estudiadas cuando se analice el artículo en cita.

Por otra parte, la violación a las formalidades esenciales del procedimiento en sus diferentes especies, se encuentra regulado dentro de la Ley de Amparo en su artículo 159, por lo que hace a la materia civil; y en el artículo 160, por lo que respecta a la materia penal.

Tenemos entonces, que en el artículo 160 del ordenamiento en cita, se indican cuales son las violaciones al procedimiento que afectan a las defensas del quejoso. Ahora bien, dichas violaciones enumeradas en sentido negativo, constituyen las formalidades esenciales del procedimiento, que en su conjunto forman la garantía de audiencia penal.

Nos indica el artículo 160 de la Ley de Amparo :

"En los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso:

I. Cuando no se le haga saber el motivo del procedimiento o la causa de la acusación y el nombre de su acusador particular si lo hubiere;

II. Cuando no se le permita nombrar defensor, en la forma que determine la ley; cuando no se le facilite en su caso, la lista de los defensores de oficio, o no se le haga saber el nombre del adscrito al juzgado o tribunal que conozca de la causa, si no tuviere quien lo

defienda; cuando no se le facilite la manera de hacer saber su nombramiento al defensor designado; cuando se le impida comunicarse con él o que dicho defensor lo asista en alguna diligencia del proceso, o cuando, habiéndose negado a nombrar defensor, sin manifestar expresamente que se defenderá por sí mismo, no se le nombre de oficio;

III. Cuando no se caree con los testigos que hayan depuesto en su contra, si rindieran su declaración en el mismo lugar del juicio, y estando también el quejoso en él;

IV. Cuando el juez no actúe con secretario o con testigos de asistencia, o cuando se practiquen diligencias en forma distinta de la prevenida por la ley;

V. Cuando no se le cite para las diligencias que tenga derecho a presenciar o cuando sea citado en forma ilegal, siempre que por ello no comparezca; cuando no se le admita en el acto de la diligencia, o cuando se le coarten en ella los derechos que la ley le otorga;

VI. Cuando no se le reciban las pruebas que ofrezca legalmente, o cuando no se reciban con arreglo a derecho;

VII. Cuando se le desechen los recursos que tuviere conforme a la ley, respecto de providencias que afecten partes substanciales del procedimiento y produzcan indefensión, de acuerdo con las demás infracciones de este mismo artículo;

VIII. Cuando no se le suministren los datos que necesite para su defensa;

IX. Cuando no se celebre la audiencia pública a que se refiere el artículo 20, fracción VI, de la Constitución Federal, en que deba ser oído en defensa, para que se le juzgue;

X. Cuando se celebre la audiencia de derecho sin la asistencia del

agente del Ministerio Público a quien corresponda formular la requisitoria; sin la del juez que deba fallar, o la del Secretario o testigos de asistencia que deban autorizar el acto;

XI. Cuando debiendo ser juzgado por un jurado, se le juzgue por otro tribunal;

XII. Por no integrarse el jurado con el número de personas que determine la ley, o por negarle el ejercicio de los derechos que la misma le concede para la integración de aquél;

XIII. Cuando se sometan a la decisión del jurado cuestiones de distinta índole de la que señale la ley;

XIV. Cuando la sentencia se funde en la confesión del reo, si estuvo incomunicado antes de otorgarla, o si se obtuvo su declaración por medio de amenazas o de cualquiera otra coacción;

XV. Cuando seguido el proceso por el delito determinado en el auto de formal prisión, el quejoso fuere sentenciado por diverso delito;

XVI. En los demás casos análogos a los de las fracciones anteriores, a juicio de la Suprema Corte de Justicia o de los Tribunales Colegiados de Circuito, según corresponda."

Excepciones a la garantía de audiencia. Consideramos que existen esencialmente dos excepciones a la garantía en estudio, una en la averiguación previa y otra en la orden de aprehensión.

Excepción en la averiguación previa. Desde nuestra perspectiva no es necesario agotar la garantía de audiencia en la etapa investigadora, cuando una persona no sufre directamente una afectación a sus derechos. Efectivamente, mientras el Ministerio Público en la investigación de los delitos, no cause un menoscabo a los derechos de los gobernados, no es necesario darle oportunidad de defensa, ya que la naturaleza de esta fase

procesal es de una investigación, por lo que debe de imperar el secreto. La averiguación previa, es una etapa en donde se están integrando los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad de una persona, y permitirle en forma necesaria a dicha persona la injerencia en la investigación, desvirtúa su esencia misma, ya que la volvería obsoleta, en razón de que él o los probables responsables sabrían de la investigación y del desenlace, con lo que podrían obstruir la indagatoria.

La idea anteriormente expresada, desde luego no es aplicable en el caso de que la persona sea detenida, ya que en esa circunstancia el indiciado si está sufriendo una afectación en su esfera de derechos y hace aplicables las garantías que consagra el artículo 20 de la Constitución para la averiguación previa. Podemos decir, que el legislador lo interpretó en este sentido, ya que como se puede leer en el artículo 269 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, sólo se le conceden los derechos que señala el artículo 20 constitucional para la averiguación previa, cuando una persona es detenida o se presenta voluntariamente ante el Ministerio Público.

Acorde con lo anterior, la Corte ha dicho sobre la procedencia del Juicio de Amparo en la averiguación previa "(...) que el mismo es procedente si se trata de actos por medio de los cuales se restringen, por parte del Ministerio Público, la libertad, derechos o posesiones de los acusados (Tesis 65, Novena Parte, Apéndice 1917- 1985, intitulada "AVERIGUACIONES PENALES")", (95) mismo criterio que si se interpreta en sentido contrario, se desprende que cuando no se afecta el interés jurídico del indiciado, es improcedente el Juicio de Amparo.

Excepción en la orden de aprehensión. Ignacio Burgoa, nos dice que

(95) CASTILLO DEL VALLE, Alberto Del. Garantías... Op. cit., p. 48.

para que se de la orden de aprehensión, no es necesario agotar la garantía de audiencia. (96) Efectivamente, no sólo no es necesario agotarla, por no ordenarlo así el artículo dieciséis constitucional (precepto de donde deriva la citada orden), sino por no ser recomendable notificar al procesado del delito que se le imputa, puesto que con ello se le previene para que se sustraiga a la mencionada orden en perjuicio del interés de la sociedad. Con respecto a esta excepción de la garantía de audiencia, nos dice el maestro Alberto del Castillo del Valle comentando un criterio jurisprudencial:

"(...) la Suprema Corte de Justicia ha dicho en jurisprudencia que "entre los requisitos previos para dictar la orden de aprehensión, no existe el de que se tome declaración al inculpado ni el de que se le cite para hacerle saber los cargos que se le formulen en su contra: siendo necesario apreciar las declaraciones de los testigos, para fundar el auto de formal prisión, o para absolver o condenar en definitiva, pero no para dictar la orden de aprehensión". (Tesis 84, de la Novena Parte al Apéndice 1917-1985, publicada bajo el rubro "ORDEN DE APREHENSION"). Así pues, tampoco es menester oír al acusado previamente a la orden de aprehensión, implicando esto una hipótesis de excepción a la garantía de audiencia, sin que la misma hipótesis se extienda al auto de formal prisión ni a la sentencia definitiva, como bien dice el máximo tribunal mexicano en la tesis ya transcrita, de donde se deduce que en tratándose de estas dos últimas resoluciones, si es operante dicha garantía fundamental del sistema jurídico nacional." (97)

d) Que las leyes que regulen el acto sean anteriores a él. En esto

(96) Cfr. BURGOA O., Ignacio. Op., cit. p. 562

(97) CASTILLO DEL VALLE, Alberto Del. Garantías... Op. cit., pp. 50 y 51.

inciso se repite la prohibición de la irretroactividad de la ley, por lo que remitimos al estudio que se hizo en el apartado correspondiente.

Garantía contenida en el tercer párrafo del artículo catorce constitucional. Establece el artículo en estudio en el párrafo tercero:

"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata."

Esta garantía consagra el principio de "No hay pena sin delito; no hay delito sin ley", misma que se refiere, a que en la materia penal, no se podrá aplicar ninguna pena por los tribunales, que no se encuentre contenida en la ley y que corresponda directamente a un hecho establecido por la legislación como delito. Esto es lo que se conoce como la "exacta aplicación de la ley", ya que obliga al juzgador a imponer la pena, si y sólo si, hay una adecuación estricta entre la hipótesis normativa descrita por la ley penal y el hecho que se juzga, obligando además a que la pena que se aplique corresponda directamente al delito que estableció el legislador y no a otro del catálogo penal.

En este orden de ideas, la constitución obliga entonces, a la "exacta aplicación de la ley", prohibiendo en contrario la aplicación analógica y la mayoría de razón en la materia penal.

Ahora bien, para entender mejor la exacta aplicación de la ley, es necesario explicar la aplicación analógica y la mayoría de razón.

Por aplicación analógica, debemos entender la referencia "(...) del consecuente de una ley a un hecho concreto que presenta similitud o semejanza con el antecedente legal. En efecto, toda regla de derecho es, en términos generales, un juicio lógico, compuesto de un antecedente (hecho, relación o situación abstractos) (sujeto) y un consecuente

(predicado). Ahora bien, puede suceder que un caso concreto encuadre cabalmente en el antecedente abstracto, esto es, que entre ambos exista una plena coincidencia, tanto en substancia como en accidentes naturales, siendo ésta la hipótesis de la aplicación exacta de la ley. Cuando, por otra parte, la discrepancia o divergencia entre dicho antecedente abstracto y el hecho particular sólo se contrae a los accidentes naturales, manteniéndose la semejanza esencial o substancial, se estará en presencia de un caso de aplicación legal analógico, al referirse el consecuente abstracto a tal hecho."(98)

Para justificar la analogía nos dice Eduarso Pallares:

"El principio se justifica porque es de suponer que el legislador ordenaría respecto de las especies jurídicas que no tuvo en cuenta, lo mismo que ordenó en casos análogos."(99)

En lo que toca a la mayoría de razón, tenemos que es "(...) una interpretación y aplicación legal que se hace considerando aspectos propios del delincente o del hecho delictivo en concreto y que en el ánimo del juzgador hacen suponer la necesidad de imponer una pena mayor al procesado o acusado penalmente, por el grado de afectación ocasionado, sin que se encuadre esta conducta en lo sostenido por la ley penal aplicable."(100)

La diferencia entre la analogía y la mayoría de razón, estriba en que la analogía se basa para su aplicación, en que el caso concreto se asemeje a lo estipulado por la hipótesis normativa (se tomo en cuenta una cuestión externa); y en la mayoría de razón, se aplica la ley, tomando en cuenta elementos particulares del caso concreto o del delincente.

(98) BURGOA O., Ignacio. Op. cit., p. 577.

(99) PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil, décimo novena edición, Editorial Porrúa S. A., México, 1990, p. 83

(100) CASTILLO DEL VALLE, Alberto Del. Garantías ... Op. cit., p. 40.

4.2 ANALISIS DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL

Establece el artículo 16 de la Carta Magna:

"Nadie puede ser molestado en su persona familia domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale, como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancias, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose, al concluirse, un acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado, o, en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

Las comunicaciones privadas son inviolables. La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que

no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

(...)"

Antecedentes de la garantía de legalidad. El primer párrafo del artículo en estudio, contiene la garantía de legalidad, misma que encuentra su antecedente en la "(...) Carta Magna Inglesa del Rey Juan Sin Tierra del año 1215, cuya disposición XLVI, establecía que ningún hombre libre debía ser aprehendido, destruido, privado de sus posesiones, etc., sino conforme a la "ley de la tierra", es decir, según el common-law, exigencia que proscribía la arbitrariedad de las autoridades.

Dicha garantía de legalidad fue corroborada en Inglaterra por diversos ordenamientos estatuarios, dentro de los que destaca, por su exhaustividad en la enunciación de los derechos del gobernado, el famoso "Bill of Right (...)" (101)

Dentro de nuestro derecho patrio, consagraron el principio de legalidad, las Constituciones de 1824 y 1857, estableciendo cada una de ellas respectivamente:

"Ninguna autoridad podrá librar orden para el registro de las casas, papeles y otros efectos de los habitantes de la República, si no es en los casos expresamente dispuestos por la ley y en la forma que ésta determine."

"Nadie podrá ser molestado en su persona, familia, domicilio o papeles, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento."

(...)"

Análisis del primer párrafo del artículo 16 constitucional (garantía de legalidad). A través de este párrafo se condiciona el acto de

autoridad para el efecto de que se reúnan las subgarantías que se indican en el mismo, con lo cual se le brinda una amplia seguridad jurídica al gobernado.

El párrafo en estudio protege a todos los gobernados, como se desprende de la simple lectura del mismo, por lo que reitera el artículo primero de la Constitución, en el sentido de que las garantías protegen a todos los individuos.

Para el estudio del párrafo en cuestión, lo hemos dividido en: a) Los bienes jurídicos protegidos; b) que el acto de autoridad sea hecho por mandamiento escrito; c) Que el acto de autoridad sea hecho por autoridad competente; d) Que se funde y motive la causa legal del procedimiento.

a) Los bienes jurídicos protegidos. El párrafo primero del artículo 16 constitucional protege a la:

Persona. El concepto de persona debe de ser entendido en forma amplia y no restringida, es decir, se debe de conceptualizar a la persona como un ente susceptible de adquirir y detentar derechos.

Familia. "Contrariamente a lo que a primera vista puede suponerse, la afectación por un acto de molesia en perjuicio del gobernado a través de su familia, no implica que la perturbación consiguiente se realice precisamente en alguno o algunos de los miembros pertenecientes a dicho grupo, sino que opera en los derechos familiares del individuo." (102)

Domicilio. Para el maestro Ignacio Burgoa, el domicilio a que se refiere el párrafo en estudio, básicamente es en donde el gobernado establece su hogar y conviva con su familia. (103) Pero, tomando en cuenta que de acuerdo con los artículos 29 y 33 del Código Civil Federal

(102) Op. cit., p. 593.

(103) Cfr. Ibidem.

puede haber varios domicilios para el gobernado, debe de abarcarse dentro de la misma noción los que señala el Código Civil.

Tomando en cuenta que se está protegiendo al domicilio en la garantía en estudio, como consecuencia de ello, se protege todo lo que se encuentra dentro del mismo.

Papeles. "Bajo la denominación de papeles a que se refiere el artículo 16 constitucional, se comprende todos los documentos de una persona, es decir, todas las constancias escritas de algún hecho o acto jurídico." (104)

Posesiones. Este derecho ya fue estudiado en cuando se analizó el artículo 14 constitucional, por lo que se remite al mismo.

b) Que el acto de autoridad sea hecho por mandamiento escrito. Es requisito indispensable el que sea por escrito el acto de molestia al particular, ya que el constituyente reveló un claro interés en que no se deje en estado de inseguridad al gobernado y así se eviten sendas arbitrariedades por parte de quien está investido de poder.

"El que el acto de autoridad se consagre por escrito, va a permitir al gobernado probar su existencia, al través del instrumento que le contenga. La garantía de mandamiento escrito da certeza jurídica al particular porque le brinda un medio de prueba que le permite acreditar la existencia del acto de autoridad en sus términos.

El acto de autoridad consagrado en forma escrita da oportunidad al gobernado de conocer los alcances de los derechos y obligaciones que se consagran a la luz de la ley que se aplica, sin que pueda variar su contenido.

Y, será a partir del momento en que se tenga por conocido el acto de

autoridad, que leguamente le corra el plazo para que lo impugne al través de los medios de defensa que la ley le brinda. Por tanto, tendrá posibilidad de hacerlo, si materialmente conoce los dictados de la disposición pública, lo que logra al través de su contenido por escrito" (105)

"Consiguientemente, cualquier mandamiento u orden verbalos que originen el acto perturbador o que en si mismos contengan la molestia en los bienes jurídicos a que se refiere dicho precepto de la constitución, son violatorios del mismo." (106)

El mandamiento escrito debe de comunicarse al gobernado (de no ser así se le dejaría en indefensión) y debe de ir firmado por quien lo emite, sin perjuicio de las demás garantías que deben de cumplirse en el acto de molestia.

c) Que el acto de autoridad sea hecho por autoridad competente. Toda autoridad debe de circunscribirse a las facultades y obligaciones que le confiere la ley, por lo que le queda vedado invadir esferas de poder que no le corresponden, ya que de lo contrario se caería en lo que la doctrina administrativa conoce como el "desvio de poder". En otras palabras, podemos decir que el acto de molestia sólo puede ser emitido por "(...) una autoridad con facultades para darle nacimiento al acto de gobierno; pero tales facultades deben estar previstas legalmente, es decir, solamente cuando la legislación ordinaria o la Constitución den competencia a una autoridad, el acto emitido por ella será un acto constitucional y habrá cumplido con la garantía de legalidad. Sobre este punto específico, la Suprema Corte ha dicho que las autoridades solamente pueden hacer aquello que la ley les permite, o sea, solamente pueden

(105) MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Op. cit., p. 59.

(106) BURGOA O., Ignacio. Op. cit., p. 612.

emitir actos cuando estén legalmente autorizadas para realizar tal conducta, de lo contrario, el acto estará viciado de inconstitucional y la sentencia que se dicte en el juicio de amparo que se promueva, será una sentencia protectora del gobernado e invalidatoria del acto reclamado. (tesis 68, de la Octava Parte, Ap. 1917-1985, intitulada "AUTORIDADES")"(107)

Ahora bien, si en términos generales podemos decir que la competencia es un requisito indispensable para el acto de autoridad, lo es también que nuestro máximo tribunal (108) ha considerado que la garantías de competencia se refiere a la suma de facultades que la ley suprema otorga a determinada autoridad. A mayor abundamiento, la competencia protegida por la Constitución, es la que deriva por la misma Constitución, y no así, la que se da en razón de ordenamientos secundarios.

Este planteamiento se nos hace a todas luces absurdo, aunque para salvar la competencia ingenera la Suprema Corte remite a los medios de impugnación establecida en la misma ley. (109)

d) Que se funde y motive la causa legal del procedimiento. "Fundar es la exigencia constitucional que obliga al titular del órgano del Estado a señalar en su mandamiento, el artículo de la legislación que establece su esfera de competencia y la facultad de consagrar derechos en favor de los particulares, o de exigir el cumplimiento de las obligaciones que les correspondan." (110)

Con este respecto a lo anterior, la Corte ha establecido la siguiente jurisprudencia:

- (107) CASTILLO DEL VALLE, Alberto Del. Ley de Amparo Comentada segunda edición, editorial Duero S. A., México 1992, p. 41.
 (108) Apéndice al tomo XCVII, tesis 223 y 239, citado en BURGOA O., Ignacio, Op. cit., p. 600.
 (109) Apéndice al tomo CXVIII, tesis 242, citado en Ibídem.
 (110) MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Op. cit., p. 66.

"Cuando el artículo 16 de nuestra Ley Suprema previene que nadie puede ser molestado en su persona, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento, está exigiendo a las autoridades no simplemente que se apeguen, según criterio escondido en la conciencia de ellas, a una ley, sino que se conozca de que ley se trata y los preceptos de ella, que sirvan de apoyo al mandamiento relativo de las propias autoridades, pues esto ni remotamente constituiría garantía para el particular. Por lo contrario, lo que dicho artículo les está exigiendo es que citen la ley y los preceptos de ella en que se apoyen, ya que se trata de que justifiquen legalmente sus proveídos haciendo ver que no son arbitrarios. Forma de justificación tanto más necesaria, cuanto que dentro de nuestro régimen constitucional las autoridades no tienen más facultades que las que expresamente les atribuye la ley." (111)

Por lo que hace a la motivación, tenemos que para Jorge Alberto Mancilla Ovando es "(...) el razonamiento contenido en el texto del acto de autoridad, donde se señala por qué los supuestos normativos se adecuan al acto material donde se aplica la ley."(112)

Por su parte el maestro Ignacio Burgoa nos dice de la motivación que "(...) la autoridad respectiva debe aducir los motivos que justifiquen la aplicación correspondiente, motivos que deben manifestarse en los hechos, circunstancias y modalidades objetivas de dicho caso para que éste se encuadre dentro de los supuestos abstractos previstos normativamente. La mención de esos motivos debe formularse precisamente en el mandamiento

(111) Amparo en revisión 1,259/59, Octavio Ramos E. y coags. 10 de agosto de 1959. Unanimidad de 4 votos. Ponente: José Rivera P. C. Tomo XXVI, Segunda Sala, págs. 13 y 14. Sexta Epoca. Citada en BURGOA O., Ignacio. Op. cit., p. 603.

(112) MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Op. cit., p. 67.

escrito, con el objeto de que el afectado por el acto de molestia pueda conocerlos y estar en condiciones de producir su defensa." (113)

Como se ha podido ver, la motivación se nos presenta como el cúmulo de razones o porqués para aplicar una norma en determinado sentido al caso concreto: es la razón de la adecuación de la norma al caso en particular.

Apoya lo expuesto, la siguiente jurisprudencia:

"MOTIVACION, CONCEPTO DE LA. La motivación exigida por el artículo 16 constitucional consiste en el razonamiento, contenido en el texto mismo del acto autoritario de molestia, según el cual quien lo emitió llegó a la conclusión de que el acto concreto al cual se dirige se ajusta exactamente a las prevenciones de determinados preceptos legales. Es decir, motivar un acto es externar las consideraciones relativas a las circunstancias de hecho que se formuló la autoridad para establecer la adecuación del caso concreto a la hipótesis legal." (114)

Es importante destacar, que la fundamentación y la motivación deben de presentarse simultáneamente en el acto de molestia y en el caso de no ser así, el acto podrá ser invalidado por el tribunal de garantías, sin perjuicio de que la autoridad reponga el acto cumpliendo con las garantías omitidas.

La causa legal del procedimiento. "Esta es la fundamentación de la molestia, que debe basarse en una norma general que prevea la situación concreta, para la cual sea procedente realizar el acto de autoridad." (115)

(113) BURGOA O., Ignacio. Op. cit., p. 604.

(114) Jurisprudencia visible en el informe de 1981, Segunda Sala, tesis 7, pág 9, Suprema Corte de Justicia de la Nación. citada en MANCILLA OVANDO, Jorge Alfredo. Op. cit., p. 67.

(115) CASTRO V., Juventino. Op. cit., p. 239.

Resumiendo, cuando el precepto en estudio señala que se debe de fundamentar y motivar la causa legal del procedimiento, se está aludiendo a que debe de haber un origen legal que justifique el actuar de la autoridad, mismo que se deberá señalar en el acto de autoridad junto con las razones de porqué el caso se encuadra a la ley.

Garantías contenidas en el segundo párrafo del artículo 16 constitucional. El párrafo en comento contiene la llamada "orden de aprehensión", por medio de la cual un juez manda a detener a un gobernado, en virtud de haberse reunido los requisitos que marca el mismo precepto, para sujetarlo a un proceso legal, a efecto de que se determine su responsabilidad en un ilícito penal.

La orden de aprehensión de acuerdo con el artículo 16 constitucional, no constituye un acto de autoridad de libre arbitrio, sino que se deben de reunir diversos requisitos que establece la Constitución. Efectivamente, el texto constitucional indica que para que se decrete la orden de aprehensión es necesario que se cumpla lo siguiente:

- a) Que sea decretado por una autoridad judicial;
- b) Que preceda denuncia, querrela o acusación;
- c) Que el hecho sea determinado por la ley como delito;
- d) Que sea sancionado cuando menos con pena privativa de libertad;
- e) que existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

Vistos los requisitos de la orden de aprehensión, es importante hacer los siguientes comentarios:

Por lo que hace al inciso a), nuestra Constitución estatuye que es facultad del poder judicial librar la orden de aprehensión, situación que excluye a otras autoridades, lo que en principio otorga al gobernado una

situación de seguridad; no obstante, como se comentará más adelante, se faculta por el mismo precepto al Ministerio Público, para que dentro de la averiguación previa decreta detenciones en casos urgentes.

En el inciso b) se indica la necesidad que exista denuncia, acusación o querrela, para que proceda la orden en cuestión, lo que implica que si no hay la noticia criminis, no puede decretarse la orden en cita. Aquí vale decir, que es inconstitucional la pesquisa, entendiendo por tal "(...) a la averiguación que la autoridad inicia de oficio, sin haber recibido noticia de que se ha cometido un delito, a fin de determinar quiénes han cometido delitos en general, o bien quiénes han incurrido en determinadas prácticas o creencias consideradas delictuosas. La pesquisa es pues una investigación que se lleva a cabo para determinar si existen razones para investigar."

Como ha quedado expuesto, tanto la denuncia y la querrela (que es sinónimo de acusación), constituyen la forma en que se inicia la averiguación previa y el Ministerio Público toma la iniciativa en la investigación para el efecto de saber si los hechos dados en la noticia criminis, constituyen o no delito.

En el inciso c) se indica que para que sea procedente la orden de mérito, es menester que proceda un delito, con lo que se excluye toda conducta que no sea de las descritas por los códigos penales. Así mismo quedan excluidas todas aquellas conductas que sean sancionadas como ilícitos administrativos.

En el inciso d) se previene la necesidad de que el delito merezca pena privativa de libertad, lo que implica que los delitos de pena alternativa no sean susceptibles de generar la orden de aprehensión.

"La aprehensión de una persona tiene, como única finalidad, el

ponerlo a disposición de su juez para que éste, en su caso, pueda someterlo a prisión preventiva mediante el auto de formal prisión. Ahora bien, el artículo 18 constitucional dispone que sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva, luego entonces: si el delito que se imputa no está sancionado con pena de prisión, el inculcado no puede ser sometido a prisión preventiva, ni tampoco puede ser privado de su libertad mediante una orden de aprehensión." (116)

Consideramos que se puede incluir dentro de los supuestos para decretar la orden en comento, a la pena de muerte, debido a que el párrafo en estudio indica que para que sea procedente la orden supracitada, el delito por el cual se gire, debe por los menos ser sancionado con pena privativa de libertad, con lo que se abarcan sanciones mayores; de lo que se infiere que es procedente la orden de aprehensión tratándose de delitos que merezcan esta sanción.

El inciso e) nos señala que se deben de acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, para que sea procedente la orden de aprehensión, por lo que procedemos a estudiarlos:

1. Elementos del tipo penal. Según Francisco Pavón Vasconcelos el tipo penal es:

"(...) la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal"(120)

Tomando como base la definición anterior, debemos decir que cuando se habla de elementos del tipo penal, en el artículo 16 constitucional, se está exigiendo que se acrediten los extremos de la descripción legisla

(116) ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. cit., p. 17.

(117) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, décima segunda edición, Editorial Porrúa S. A., México 1995, p. 294.

tiva (tipo). Comentando el artículo 19 constitucional, el citado maestro nos dice:

"En el nuevo texto del artículo 19 constitucional ya no se habla del cuerpo del delito sino de los elementos del tipo penal del delito, así como de la probable responsabilidad del detenido, siendo claro a nuestro entender que ambas referencias expresan lo mismo, si se tiene presente que por cuerpo del delito debe de entenderse el conjunto de elementos constitutivos de una particular figura delictiva, incluyendo aquellos de naturaleza normativa y aun los subjetivos, ya referidos a la ilicitud de la acción u omisión descritas o a la culpabilidad del autor." (118)

De acuerdo con lo expuesto, consideramos que en este punto, la reforma constitucional de 1993, fue desafortunada, ya que parece increíble que se modifique la Carta Magna para decir exactamente lo mismo, pero con otras palabras, cuando el concepto de cuerpo del delito está ampliamente estudiado por los especialistas y por la propia Corte.

2. La probable responsabilidad. "Tanto en la práctica como en la doctrina se habla indistintamente de responsabilidad probable o presunta; ambos términos son sinónimos, significan: lo fundado en razón prudente o, de lo que se sospecha por tener indicios. En consecuencia, existe presunta responsabilidad, cuando hayan elementos suficientes para suponer que una persona ha tomado parte en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, por lo cual debe ser sometido al proceso correspondiente" (119)

En el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales se indica:

"La presunta responsabilidad del inculcado se tendrá por comprobada

(118) Op. cit., p. 290.

(119) COLIN SANCHEZ, Guillermo. Op. cit., p. 121.

cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en la conducta o hechos constitutivos del delito demostrado."

Como ha quedado expuesto, con la comprobación de la probable responsabilidad se busca aprehender a quienes tienen realmente acreditada su participación en un ilícito penal, ya que antes de la reforma se podía decretar la orden de aprehensión, sin que al efecto estuviera comprobado el cuerpo del delito (ahora elementos del tipo penal). No obstante lo anterior, el maestro Sergio García Ramírez considera en este aspecto, que es cierto "(...) que la norma constitucional anterior se refería a la probable responsabilidad del inculpado y no a la existencia de un delito, pero también lo es que esa probable responsabilidad sólo tenía sentido si existía delito (hecho aparentemente delictuoso), pues a éste -y no a una abstracción- se asocia la responsabilidad. Así las cosas, la existencia de un hecho punible como elemento de fondo para emitir orden de aprehensión, estaba implícita en la redacción original del artículo 16." (120)

Aun cuando el texto constitucional no lo indica, se necesitan de otros requisitos para que proceda la orden de aprehensión, tales como que lo solicite el Ministerio Público, que conste en mandamiento escrito, que la dicte una autoridad competente, que vaya fundado, motivado, y firmado por el funcionario que la expide.

Por último, dada la trascendencia de la orden aprehensión, considere ramos pertinente señalar, que "(...) en nuestra ley no existe obligación a cargo del funcionario que ejecute la detención, de leerle al detenido tal mandamiento de detención, como ocurre en otros lugares. De cualquier manera sería deseable establecer esta obligación en los textos

(120) GARCIA RAMIREZ, Sergio. El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano, primera edición, Editorial Porrúa S. A., México 1994, p. 12.

legales." (121)

Garantía contenida en el tercer párrafo del artículo 16 constitucional. Nos indica este párrafo:

"La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad."

Con la anterior prevención, se pretendió mejorar la situación del gobernado cuando es aprehendido, tratando de evitar retrasos innecesarios en la puesta a disposición del juez cuando es detenido el inculcado.

Antes de la reforma, disponía el artículo 107 fracción XVIII, que "También será consignado a la autoridad o agente de ella, el que realizada una aprehensión, no pusiere al detenido a disposición de su juez, dentro de las veinticuatro horas siguientes." En este orden de ideas, debemos decir que hubiera sido deseable que se mantuviera como se encontraba la disposición en comento, debido a que el texto anterior, al menos señalaba un término (24 horas) para poner a disposición del juez, situación que no acontece en el texto actual, además de que se deja al libre arbitrio de la autoridad determinar cuando hay exceso de tiempo en la aprehensión.

Con respecto a lo expuesto, Sergio Garcia Ramirez nos dice:

"(...) la norma aprobada y vigente se contenta con una fórmula general: "sin dilación alguna", que no se halla acotada por una indicación temporal precisa. Es cierto que esta fórmula permite reducir el plazo de entrega a menos de veinticuatro horas: cuando ocupan este período íntegramente, pudieran incurrir en una "dilación" injustificable, atentas a las circunstancias del caso, pero también es cierto que

deja la ponderación del asunto al criterio de la autoridad, y en tal virtud abre la puerta a interpretaciones y debates inconvenientes." (122)

Garantías contenidas en el párrafo cuarto del artículo 16 constitucional. El párrafo en estudio alude a la detención en flagrante delito, misma que constituye una excepción a la regla de que sólo se puede detener a una persona mediante la orden de aprehensión. En efecto, "(...) esta disposición constituye una excepción al principio de seguridad jurídica, porque se autoriza la privación de la libertad de quien desarrolla la conducta delictiva, sin que exista legalmente acto de autoridad competente; e incluso puede practicarse por particulares" (123)

Con respecto a la detención flagrante del delincuente, nos dice el artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal:

"Se entiende que existe delito flagrante, cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, o bien cuando el inculpado es perseguido material e inmediatamente después de ejecutado el delito.

Se equiparará la existencia de delito flagrante cuando la persona es señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiera participado con ella en la comisión del delito; o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito; o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de delito grave así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se

16. (122) GARCIA RAMIREZ, Sergio. El Nuevo Procedimiento ... Op. cit., p.
 (123) MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Op. cit., p. 71.

hubiera iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiese interrumpido la persecución del delito.

(...)"

Acorde con la doctrina, el precepto que se cita nos indica los diferentes tipos de flagrancia que existen, a saber: flagrancia (detención al momento de cometer el ilícito), cuasiflagrancia (detención cuando está huyendo el presunto responsable), presunción de flagrancia (detención del presunto responsable, cuando después de haberse cometido un delito, sin que al efecto se haya perseguido, hay datos que permiten pensar en su participación).

En el párrafo constitucional en estudio, se previene que el detenido se pondrá sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. En este aspecto, debemos decir que se intentó mejorar la situación del gobernado, para el efecto de evitar privaciones de la libertad arbitrarias y vejatorias de los derechos humanos, a través de las frases "sin demora" y con "la misma prontitud", con lo que en realidad se le está dejando en cierta incertidumbre su situación legal. Efectivamente, si lo que se quería era que no se le dejara privado de su libertad al presunto responsable, ante autoridades diversas al Ministerio Público y por plazos excesivos de tiempo, lo que se debió hacer fue fijar un término (por parte del constituyente), ya que al no hacerlo, se deja a la interpretación de la autoridad las frases citadas.

Excepción a la flagrancia. Hay quienes consideran (124) que en los delitos de querrela, no puede presentarse la flagrancia, en razón de que no se puede perseguir este tipo de delitos sin que al efecto exista la

(124) Cfr. MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Op. cit., pp. 74, 75, 76 y 77.

voluntad expresa del sujeto pasivo del delito (que no es otra cosa que la querrela), misma que deberá ser presentada ante la autoridad facultada para ello. En este orden de ideas, es prácticamente imposible que en el lugar de los hechos se encuentre la autoridad facultada para recibir la querrela correspondiente y por tanto, que no se le pueda detener al presunto responsable, ya que la querrela es la base a partir del cual se inicia la investigación del delito y sin la cual, es improcedente toda diligencia tendiente a esclarecer el ilícito. Carece de sentido jurídico toda investigación, si la persona que debe de manifestar su interés en que se persiga el delito no lo ha hecho.

Garantías contenidas en el quinto párrafo del artículo 16 constitucional. El párrafo en comento contiene el llamado "caso urgente", el cual indica:

"Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder."

El caso urgente constituye otra excepción a la regla de que sólo se puede detener a un gobernado por medio de una orden de aprehensión dictada por un juez penal. Para que proceda la detención en el caso urgente, se requiere que se reúnan los siguientes requisitos:

a) Que se trate de un delito grave. La calificación de la gravedad del delito, queda a cargo del legislador, quien deberá atento a las diferentes circunstancias señalar cuales delitos son graves. "Como se ve,

esta calificación sobre la gravedad del comportamiento ilícito no queda al arbitrio del Ministerio Público y a la apreciación, en su hora, del órgano jurisdiccional, sino debe estar prevista por la ley misma. En fin, aquí domina -acertadamente- el principio de legalidad en la apreciación del delito supuestamente cometido que abra la posibilidad de privación cautelar de libertad por razón de urgencia."(125)

De acuerdo con lo expuesto, no podrá decretarse la detención por urgencia, sino existe en la legislación ordinaria una clasificación de delitos graves. La indicación de los delitos graves a nivel federal como local, la encontramos respectivamente en los artículos 194 y el 268 de los códigos adjetivos.

b) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia. "Ya el Constituyente de 1917, en sus debates, afirmaba que el caso urgente se presenta cuando hay peligro de fuga. Respecto al texto reformado, aclaremos que lo fundado no es el riesgo (de fuga) sino la opinión que tiene el Ministerio Público de que dicho riesgo existe. En efecto, el representante social es de opinión que existe un riesgo de que el indiciado se fugue, y esa opinión es fundada si se apoya en motivos y razones eficaces."(126)

Cuando se habla de "indiciado", se está aludiendo a un gobernado sobre el cual pesan diferentes medios probatorios que le incriminan sobre un delito. En este punto, cabe decir que no puede haber detención sobre de quien no hay pruebas que hacen probable su participación en un ilícito. "Es manifiesto el interés del legislador por evitar que se caiga en ligereza o en exceso al disponer la detención por

(125) GARCIA RAMIREZ, Sergio. El Nuevo Procedimiento ... Op. cit., p. 22.

(126) ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. cit., p. 22.

urgencia."(127) No obstante lo expuesto, la urgencia es utilizada para la investigación de los delitos y la integración de las averiguaciones.

"En efecto, es evidente -más allá de cualquier retórica extraña a los textos mismos de la reforma constitucional- que el Ministerio Público ordena la detención del sujeto, dentro del supuesto de urgencia, precisamente para integrar su averiguación, es decir, para llevar adelante la investigación que está realizando, y no sólo para adelantar el trabajo de la captura mientras obtiene la orden de aprehensión, después de que ha ejercitado acción penal. Así lo demuestra el hecho de que una vez acordada la detención puede "retener" al detenido por cuarenta y ocho horas -e inclusive por noventa y seis, en el supuesto de delincuencia organizada- hasta ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial, plazo que sirve como es obvio, a los fines de la averiguación."(128)

c) Que no sea posible ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia. Lo que da origen al caso urgente, es precisamente la imposibilidad de ocurrir a la autoridad judicial. Esta imposibilidad se funda en los motivos que señala este inciso, mismos que pretenden dar solución al problema que anteriormente se presentaba al representante social, en el sentido de que cuando hubiera riesgo de fuga del indiciado y se tuviera al alcance al indiciado, se le pudiera detener, sin que al efecto se tenga la orden de aprehensión, ni se actualice la flagrancia en sus diversas hipótesis.

"La nueva norma quiere solucionar el problema y por ello habla de

(127) GARCIA RAMIREZ, Sergio. El Nuevo Procedimiento ... Op. cit., p. 25.

(128) Op. cit., p. 26.

"hora, lugar o circunstancia" que impiden el acceso a la autoridad judicial. En la realidad, no será la hora lo que verdaderamente impida esa concurrencia de la autoridad administrativa ante la judicial; en algunos casos podrá evitarlo o estorbarlo la lejanía entre el lugar en que aquélla actúa y el domicilio de ésta; y en los más se argumentará la "circunstancia" como impedimento para ocurrir inmediatamente ante el juzgador. "(129) Bajo la palabra "circunstancia" se podrán argumentar diferentes motivos para la detención del individuo. Así por ejemplo se podrá detener a un indiciado, ante el temor de que se sustraiga a la acción de la justicia, por la "circunstancia" de encontrarse pendiente la integración de la indagatoria y no se pueda consignar.

d) El Ministerio Público es el único facultado que podrá decretar la detención. De acuerdo con el texto en estudio, la detención en caso urgente sólo podrá ser ordenada por el Ministerio Público, quedando por tanto imposibilitadas legalmente las demás autoridades.

La facultad de decretar la detención por parte del Ministerio Público, queda a su arbitrio, en virtud de que el párrafo en comento nos indica que "podrá" ordenar la detención, lo que necesariamente indica que hay discrecionalidad.

e) Fundando y expresando los indicios que motiven su proceder. En este inciso se reitera la garantía de fundamentación y motivación, pero aplicada al caso urgente, por lo que remitimos al estudio hecho al respecto.

Garantía contenida en el párrafo sexto del artículo 16 constitucional. Expresa el párrafo en estudio:

"En los casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la

consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con reservas de ley."

Tanto la detención en flagrancia o en urgencia realizadas por la autoridad administrativa, deberán ser revisadas por el juez de la causa penal, quien deberá revalorar si fueron bien hechas, ya ratificándolas o decretando la libertad. "Esto implica que el juzgador ante quien se presenta al sujeto deberá examinar, ante todo -pues de lo contrario se estaría favoreciendo la prolongación de una detención indebida-, si en la privación de la libertad se observaron los supuestos que la Constitución establece a propósito de la flagrancia y de la urgencia. En lo que respecta a aquélla, por ejemplo, será preciso ver si efectivamente hubo flagrancia desde el punto de vista legal, debidamente acreditada en las actuaciones que se remitan al juzgador -sin perjuicio de las diligencias que éste ordene, motu proprio, para cerciorarse de ese extremo-, y si hubo racionalidad en los períodos de captura, de tal suerte que resulten bien aplicados los conceptos "sin demora" y "prontitud", porque todo esto forma parte de la garantía constitucional que es el marco normativo de la detención legítima. Si se comprueba aquello, persistirá la detención; de lo contrario se pondrá en libertad al sujeto."(130)

Garantías contenidas en el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional. Nos dice este párrafo:

"Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley

penal."

En el párrafo en estudio, se fija el plazo que durará como máximo la detención ante el Ministerio Público, con lo que se pone fin a una laguna existente por años, en virtud de que no existía un plazo para la retención (así le llama la Constitución al acto por medio del cual la autoridad mantiene privado de su libertad al indiciado) ante esta autoridad.

El plazo de cuarenta y ocho horas dado al Ministerio Público, es para la integración de la averiguación correspondiente, en los casos de detención flagrante y en la urgencia. Las cuarenta y ocho horas que se dan para la integración de la investigación, en algunos casos pudieran ser insuficientes, pero consideramos que en la mayoría de los asuntos sí lo es.

Al final del plazo dado, el Ministerio Público deberá dictar una resolución en la que decreta la libertad o ponga a disposición de la autoridad judicial al indiciado (ejercitando acción penal), "(...) lo cual no le impide continuar la averiguación previa."(131)

En el párrafo en comento, se vuelve a utilizar la palabra "indiciado", con lo que se está excluyendo a los sospechosos y a personas sobre las que no pesan pruebas bastantes que hagan probable su responsabilidad.

La delincuencia organizada. En el texto en estudio, se introducen la figura que ahora se estudia, misma que no existía en el texto constitucional antes de la reforma de 1993. El concepto de la "delincuencia organizada" al no ser definido por el constituyente permanente, deja como obligación del legislador ordinario definirla, y en caso de que no realizarlo, se haría inaplicable la retención en este supuesto.

(131) ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. cit., p. 24.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su artículo 268 bis, nos dice que la delincuencia organizada se presenta cuando:

"(...) tres o más personas se organizan bajo reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento y reiterado o con fines predominantemente lucrativos alguno de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal: terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 139 párrafo primero; evasión de presos previstos en los artículos 150 y 152; ataque a las vías de comunicación prevista en los artículos 168 y 170; trata de personas prevista en el artículo 205 segundo párrafo; explotación del cuerpo de un mayor de edad por medio del comercio carnal previsto en el artículo 208; violación previsto en el artículo 265, 266, 266 Bis; homicidio doloso previsto en el artículo 302 con relación al 307, 315 y 320; secuestro previsto en el artículo 366 fracciones I a VI, exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado previsto en el artículo 370 párrafos segundo y tercero cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracciones IX y X, 381 bis; extorsión previsto en el artículo 390; despojo previsto en el artículo 395 último párrafo; así como el de la tortura previsto en los artículos 3o y 5o de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.

(...)"

En el caso de "delincuencia organizada", podrá duplicarse el plazo de cuarenta y ocho horas, con lo que se le facilitará al Ministerio Público la integración de la averiguación, debido a la complejidad que pudiera

revestir una organización de este tipo.

Garantías contenidas en el párrafo octavo del artículo 16 constitucional. Nos indica el párrafo octavo:

"En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose, al concluiría, un acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado, o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia."

Según Ignacio Burgoa, el cateo consiste en un:

"(...) registro o inspección de sitios o lugares con el fin de descubrir ciertos objetos para evidenciar determinadas circunstancias, de aprehender a algún sujeto o de tomar posesión de un bien."(132)

De acuerdo con el artículo 16 de la Constitución, la orden de cateo deberá de reunir los siguientes requisitos:

- "a) Que sea emitida por autoridad judicial;
- b) Que conste por escrito;
- c) Que se especifique el lugar que ha de ser inspeccionado;
- ch) Que en esa orden se mencione correcta y concretamente qué personas han de ser aprehendidas; y,
- d) Que se especifique cuáles objetos se buscan."(133)

Tal como lo dispone el párrafo constitucional en estudio, al finalizar la diligencia de cateo, se deberá de levantar un acta circunstanciada en presencia de dos testigos designados por el ocupante del

(132) BURGOA O., Ignacio. Op. cit., p. 626.

(133) CASTILLO DEL VALLE, Alberto Del. Garantías ... Op. cit., p. 10. del abendum.

lugar cateado, o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia, lo que da cierta seguridad al gobernado en el cateo que se realiza.

"En materia del fuero federal y de acuerdo con el artículo 62 del Código Federal de Procedimientos Penales, la ejecución de tal acto de autoridad debe correr a cargo del Secretario del Juzgado que emita la orden o al del Agente del Ministerio Público que haya solicitado la práctica de la diligencia de cateo, según determine el juez que emita esa orden.

En materia del fuero común del Distrito Federal, el Código de Procedimientos Penales para esa entidad federativa indica que ante la solicitud de una diligencia de cateo, el juez ante quien se compareció en demanda de esa orden, determinará si su personal desahoga dicha diligencia o la misma es cumplimentada por el Ministerio Público e incluso, puede determinar que ambos se constituyan en el domicilio por catear, para ejecutar esa orden judicial (art. 152)." (134)

El incumplimiento de los requisitos del cateo. La Constitución no indica la sanción en caso de incumplimiento de las formalidades en la diligencia del cateo, situación que sería recomendable, en virtud de que al no hacerlo, lo deja a la interpretación que hagan las legislaturas locales al regular esta figura jurídica, así como a la interpretación de la Corte, lo que en algunos casos puede ser desafortunado. Lo mejor es que la propia Carta Magna regule los efectos de las violaciones a formalidades establecidas por ella misma. Veamos por ejemplo, lo que establece el artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales:

"Cuando en la averiguación previa el Ministerio Público estime

necesaria la práctica de un cateo, acudirá a la autoridad judicial competente, o si no lo hubiere al del orden común, a solicitar por escrito la diligencia, expresando su objeto y necesidad, así como la ubicación del lugar a inspeccionar y persona o personas que han de localizarse o de aprehenderse, y los objetos que se buscan o han de asegurarse a lo que únicamente debe limitarse la diligencia.

Al concluirse el cateo se levantará acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad judicial que practique la diligencia.

Cuando no se cumplan estos requisitos, la diligencia carecerá de todo valor probatorio, sin que sirva de excusa el consentimiento de los ocupantes del lugar."

Con respecto a este precepto comenta el maestro Sergio García Ramírez:

"Cualquier omisión determina la nulidad absoluta: falta de solicitud escrita, omisión de consideraciones sobre la necesidad del cateo, imprecisión del lugar, falta de acta o de testigos, etcétera.

No sucede lo mismo, en cambio, cuando se incumple lo estipulado en otros preceptos que no fueron abarcados por la reforma ni quedan aludidos por la parte final del artículo 61. Así, los referentes a horario para la práctica de cateos (artículos 64 y 65), realización de estos en ciertos edificios públicos (artículo 67) o en buques mercantiles extranjeros (artículo 68), etcétera.

La referida parte final del artículo 61 priva al acto de valor probatorio. No le resta, en cambio, eficacia en otros órdenes, al punto que se deba reponer las cosas al estado que tenían antes del allanamiento.

to. En tal virtud, si éste sirvió para cumplir una orden de aprehensión, la captura quedará firme, sin perjuicio de la exigencia de responsabilidad a los captores."(135)

Como ha quedado expresado por el distinguido jurista, la nulidad decretada por el incumplimiento de ciertas formalidades en el cateo, deja fuera otros aspectos que debieran quedar incluidos. Desde nuestro punto de vista, toda violación en los cateos debe de considerarse suficiente para declararse la nulidad del mismo, dejándose las cosas en el estado en que se encontraban antes de la diligencia, es decir, dejar insubsistente el cateo practicado e incluso poner en libertad al inculcado. Por esta razón el precepto es incompleto y deja latentes violaciones procesales. Por lo que toca a la legislación del Distrito Federal, no existe norma sancionadora para el incumplimiento a las formalidades de los cateos.

En lo que toca a la Corte, esta ha hecho nugatorio el derecho a que se cumplan los requisitos del cateo. Así, establece la jurisprudencia:

CATEO SIN ORDEN JUDICIAL. VIOLACION NO REPARABLE EN AMPARO.- Si los agentes policiacos actúan ilegalmente al catear sin orden judicial los lugares donde encontraron los objetos del delito; sin embargo, ese proceder en todo caso podría ser motivo de responsabilidad por parte de dichos agentes policiacos, más no actos atribuibles al juzgador que puedan ser reparados en el amparo, máxime si no se alega en tiempo esa violación ante la autoridad competente.

Amparo directo 5493/74. Pablo Antúnes Ortiz. 3 de abril de 1975. 5 votos. Ponente: Ezequiel Burguete Farrera.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Volumen 76.

(135) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Proceso Penal y Derechos Humanos, primera edición, Editorial Porrúa S. A., México 1992, pp. 99 y 100.

Segunda Parte. Abril 1975. Primera Sala. p. 28.

CATEOS. VIOLACION NO REPARABLE EN AMPARO.- Si el inculpaado alega como concepto de violación que los agentes policiacos penetraron en su domicilio sin orden judicial, y aun cuando sea cierto que de autos no aparezca que dichos agentes hayan tenido una orden de cateo (lo cual implicaría responsabilidad de su parte), si al manifestar estos que penetraron al domicilio de dicho inculpaado con su consentimiento, sin que éste haya mencionado lo contrario cuando declaró, y asimismo, sin que haya impugnado esa violación durante la secuela del procedimiento, debe estimarse en tal virtud que la anomalía señalada no es un acto atribuible al juzgador que pueda ser reparado en el amparo contra la sentencia.

Amparo directo 4027/75. Manuel Hernández Chavez. 9 de febrero de 1976. 5 votos. Ponente: Eduardo Langle Martínez.

Precedentes: Quinta Epoca: Tomo LXII, Pág. 3237. Sexta Epoca: Volumen XVI, Segunda Parte, Pág. 67.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volumen 86. Segunda Parte. Febrero 1976. Primera Sala Pág. 15.

Al comentar el criterio de la Corte, Jesús Zamora Pierce señala:

"Si el amparo, que es el único procedimiento establecido por nuestras leyes para proteger a los individuos de los actos de la autoridad que violen las garantías individuales, no es apto, en opinión de la Suprema Corte, para reparar las violaciones resultantes de cateos y detenciones que se practican sin orden judicial, entonces esas garantías carecen de protección." (136)

De acuerdo con lo expuesto, quien debe de señalar los efectos del

(136) ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. cit., p. 75.

incumplimiento en las formalidades de los cateos, es la propia Constitución, ya que como ha quedado asentado, puede darse el caso de que se haga nugatorio la garantía constitucional que prohíbe los allanamientos ilegales.

Análisis de las garantías contenidas en el párrafo noveno y décimo del artículo dieciseis constitucional. Por reforma a la constitución publicada en el Diario Oficial de fecha 3 de julio de 1996, se insertó el párrafo en estudio al artículo 16 de la Constitución. El párrafo en comento protege la privacidad en las comunicaciones y se indica que su violación será objeto de sanción penal; es por ello que el artículo 167 fracción IX y el artículo 173 en las fracciones I Y II, del Código Penal, respectivamente establecen:

"Se impondrá de uno a cinco años de prisión y multa de quinientos a cincuenta mil pesos:

(...)

IX. Al que dolosa e indebidamente intervenga la comunicación telefónica de terceras personas."

"Se aplicarán de tres a ciento ochenta jornadas de trabajo a favor de la comunidad:

I. Al que abra indebidamente una comunicación escrita que no esté dirigida a él, y

II. Al que indebidamente intercepte una comunicación escrita que no esté dirigida a él, aunque la conserve cerrada y no se imponga de su contenido."

De acuerdo con el párrafo noveno de la Constitución, la única autoridad facultada para autorizar la intervención en las comunicaciones privadas, será la judicial federal, la que podrá decretar la

intervención, siempre que se lo solicite el Ministerio Público local o la autoridad federal que determine la ley. En esta última parte hay que abundar, ya que al no indicarse de cual autoridad federal se trata, se deja al legislador ordinario con facultades para indicar cual es, siendo a nuestro criterio una situación riesgosa, ya que la intervención en las comunicaciones es de naturaleza penal, y corresponde sólo a la institución del Ministerio Público en sus diversas especies la indagación de los ilícitos, y por ello, la petición de intervención mencionada. En efecto, siendo el Ministerio Público el encargado de la investigación de los delitos de acuerdo con el artículo 21 de la Constitución y en virtud de que la intervención de las comunicaciones es parte de la investigación de un delito o delitos, no puede dentro de nuestro sistema constitucional ninguna autoridad que no sea la indicada, el realizar dicha petición, pues se estaría tomando atribuciones que corresponden en forma exclusiva al Ministerio Público. Así por ejemplo, no podría el fisco federal o local solicitar la intervención en las comunicaciones de un contribuyente, por una supuesta evasión fiscal, ya que en todo caso, lo deberá de hacer del conocimiento del Ministerio Público Federal o local, quien a su vez deberá solicitar al juez penal correspondiente, la intervención en las comunicaciones del contribuyente, a efecto de encontrar elementos probatorios que acrediten el delito de evasión fiscal. En el mismo tenor podemos enclavar a la orden de cateo, ya que es el Ministerio Público el único facultado para pedir dicha orden (por poseer el monopolio de la acción penal), y en el que también se realiza una intromisión en la intimidad de un gobernado, pero en lugar de ser en las comunicaciones, se hace en un inmueble. Asimismo el fin del cateo coincide con la intervención en las comunicaciones, en cuanto a que puede servir para recabar

pruebas en una investigación, lo que necesariamente nos indica la naturaleza penal de ambas instituciones.

Es importante dejar asentado, que la intervención en las comunicaciones privadas es de naturaleza penal, esto se desprende de la redacción del párrafo en estudio, en el que se determina la materia penal por exclusión, ya que se indican las materias en las que no opera. En este aspecto es criticable la redacción del precepto, ya que hubiera bastado indicar que sólo se presentaría la intervención en la materia criminal.

Por lo que hace a la prohibición de intervención en las comunicaciones del detenido con el defensor, consideramos que no podría ser menos, en virtud de que quien se encuentra privado de su libertad, no debe verse afectado por este tipo de intervención, en razón de que se le estaría afectando a su garantía de defensa, en donde incluso se podrían revelar estrategias de defensa en juicio, lo que podría poner en desventaja al inculcado. Independientemente de lo expuesto, carecería de todo valor probatorio la grabación en donde se contenga una confesión del inculcado, debido a que cualquier confesión tiene que ser en presencia del Juez o Ministerio Público, y cumpliendo con los requisitos que indica el artículo 20 fracción II de la Constitución.

En el párrafo noveno se indica que se deberán de cumplir con los requisitos y límites que la ley marque, a lo que tenemos que señalar que está por demás esta parte del precepto, en virtud de que aún cuando no lo diga la Constitución, las autoridades deberán de cumplir con las facultades-obligaciones que establezca la ley, debiendo recordar que las autoridades hacen sólo lo que la ley manda.

El incumplimiento de parte de las autoridades en la intervención de las comunicaciones privadas. Tomando en cuenta que las

intervenciones en las comunicaciones tiene como fin obtener pruebas de la posible comisión de un ilícito penal, la sanción en caso de incumplimiento, no podía ser otra, que la de que carezcan de todo valor probatorio.

Es importante establecer que la sanción al incumplimiento al párrafo noveno constitucional, está dirigida a beneficiar al inculcado: sin embargo, pueden derivar responsabilidades penales y civiles, administrativas, etc., a cargo de las autoridades que se excedan en sus facultades, para lo cual no es necesario que la Constitución lo ordene.

4.3 ANALISIS DEL ARTICULO 19 CONSTITUCIONAL

Dispone el artículo 19 constitucional:

"Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculcado será sancionada por la ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculcado en libertad.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de

que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

"Todo maltrato que en la aprehensión o en las prisiones; toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades."

Garantías contenidas en el primer párrafo del artículo 19 constitucional. La primera parte de este párrafo, nos indica el caso de cuando es puesto el indiciado a disposición del juez penal por parte del Ministerio Público (único facultado por el artículo 21 constitucional); En este párrafo "(...) el Constituyente establece la etapa procesal hoy llamada preinstrucción (CFPP; art. 10 fracc. II), que se inicia en el momento en que el inculcado queda a disposición del juez (CFPP, art. 161) cuya duración tiene límite máximo de setenta y dos horas, y que debe culminar en la resolución de formal prisión o de libertad del inculcado por falta de elementos para procesarlo."(137)

El auto de formal prisión "(...) sólo puede dictarse por delitos que se sancionen con pena corporal según lo preceptúa el artículo 18 de la Constitución (...)" (138); en efecto, el citado auto tiene como finalidad además de sujetar al procesado a la jurisdicción de un juez penal, para resolver su responsabilidad en un ilícito, el restringir su libertad deambulatoria (sin perjuicio de su libertad caucional). En este aspecto debe de distinguirse del auto de sujeción a proceso, ya que este último "(...) tan sólo ordena que el inculcado se someta a ese juicio (penal), sin que este sujeto a prisión preventiva. Este auto se dicta cuando la pena con que se castiga el delito imputado al inculcado, se sancione con pena distinta a la corporal o que siendo aplicable esta, además sea

(137) ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. cit., p. 81.

(138) BURGOA O., Ignacio. Op. cit., p. 645.

impuesta una alternativa"(139)

El auto de formal prisión debe de cumplir con requisitos de fondo y forma, por lo que explicaremos cada uno.

Requisitos de fondo. De acuerdo con el texto constitucional en estudio, el auto de formal prisión se dictará si se reúnen los siguientes supuestos:

a) Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido;

b) Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten la probable responsabilidad del detenido.

Tomando en cuenta que el auto de formal prisión se dicta al inicio del proceso, las pruebas que acrediten la probable responsabilidad, no es necesario que sean contundentes, ya que está pendiente un proceso en el cual habrá de acreditarse ya la inocencia, ya la culpabilidad del procesado. La Suprema Corte de Justicia, "(...) a través de su Primera Sala (PENAL), ha sostenido que para motivar el auto de formal prisión, la ley Suprema no exige que se tengan pruebas completamente claras que establezcan de modo indudable la culpabilidad del reo; requiere únicamente que los datos arrojados por la averiguación sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado (Tesis 55, de la Novena Parte al Apéndice 1917-1985, intitulada "AUTO DE FORMAL PRISIÓN").

Sobre la culpabilidad del acusado debidamente demostrada, ésta se determinará solamente en la sentencia, más no en el auto de formal prisión, pues éste se emite al inicio del juicio y sin que el juez penal del conocimiento y que dicta el auto de referencia, haya tenido contacto

(139) CASTILLO DEL VALLE, Alberto Del. Garantías ... Op. cit., p. 19 del abendum.

con las pruebas que vayan a ser ofrecidas y, en su caso y oportunidad, desahogadas. Solamente hasta que se hayan desahogado estas, será dable determinar en sentencia definitiva sobre la culpabilidad del acusado o inculcado, por lo que la Tesis jurisprudencial citada está apogada al mandato constitucional y a la realidad jurídico-procesal-penal."(140)

Requisitos de forma. Entre los requisitos de forma podemos indicar los siguientes:

- a) Que se exprese el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución.
- b) Que se indiquen las pruebas con que se acreditan los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad;
- c) Que vaya firmada, que sea por escrito, que sea fundada, motivada y, que sea dictada por una autoridad competente (art. 16 constitucional);
- d) Que se dicte dentro de las 72 horas de estar a disposición del juez penal (art. 19 constitucional)

Mención especial merecen los requisitos que se indican en el inciso a), ya que antes de la reforma constitucional de 1993, el artículo 19 constitucional indicaba "(...) en el auto de formal prisión se expresará: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución (...)", con lo cual se fijaba una obligación a cargo de la autoridad para que se incluyeran en el citado auto los requisitos indicados; sin embargo, con la reforma ya no se indica esta obligación, lo que nos parece absurdo. La anterior circunstancia, puede salvarse para el efecto de que incluyan todos esos datos en el mencionado auto, con base en los artículos 14 y 16 constitucionales, en virtud de que deben agotarse en la resolución en estudio,

tanto la garantía de audiencia (puesto que se le deben de dar a conocer los pormenores del delito imputado al procesado, para que este se defienda en juicio), como también las garantías de fundamentación y motivación, de las cuales se desprende que la autoridad debe indicar la legislación aplicable y dar los argumentos y razones de su proceder, lo que necesariamente obliga a señalar como se llegó al encuadramiento en el supuesto normativo, de acuerdo a todas las circunstancias en que se presentó el ilícito.

El incumplimiento de los requisitos de fondo y forma. La Corte ha establecido que cuando no se cumplan los requisitos de forma, se otorgará el amparo, para el efecto de que se subsanen las omisiones; sin embargo, cuando se trata de omisiones a los requisitos de fondo, se concederá el amparo en forma absoluta, debiendo dejar en libertad al detenido. (141)

Excepción al principio de definitividad en el auto de formal prisión. Cuando se impugne el auto de formal prisión, no es necesario que se agoten los recursos legales para acudir al Juicio de Amparo. Así, establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación la siguiente jurisprudencia:

"AUTO DE FORMAL PRISIÓN, PROCEDENCIA DEL AMPARO CONTRA EL SI NO SE INTERPUSO RECURSO ORDINARIO. Cuando se trata de las garantías que otorgan los artículos 16, 19 y 20 constitucionales, no es necesario que previa mente al amparo se acuda al recurso de apelación"

Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975, segunda parte, Primera Sala, pág. 98, bajo el núm. 43.

Estudio de la segunda parte del primer párrafo del artículo 19 constitucional. Dispone el artículo 19 en la parte correspondiente:

(141) Apéndice 1975, Primera Sala, tesis 43, p. 98. Apéndice 1985, Novena Parte, tesis 64, p. 99.

"Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el termino, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculcado en libertad."

En esta parte se dispone una obligación a cargo de los custodios, a efecto de dar "(...) aviso al juez del conocimiento, sobre la falta de recepción de copia certificada de dicha resolución (auto de formal prisión) dentro de las setenta y dos horas siguientes a la puesta del detenido a disposición del juez, para que sea emitida esta."(142)

Transcurridas tres horas sin que el custodio reciba copia del auto de formal prisión, deberá poner en libertad al detenido, por lo que no "(...) incurrir en responsabilidad por virtud de esa conducta, pero debe hacer del conocimiento del juez la puesta en libertad del detenido"(143)

Estudio de las garantías del segundo párrafo del artículo 19 constitucional. La primera parte del párrafo en cuestión indica: "Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso."

"El juicio penal es un proceso contencioso. El litigio se va a resolver en el auto que determina la situación jurídica del inculcado o en la sentencia dentro del proceso. El debate versa sobre si la conducta es delito en términos de ley; si el indiciado realizó la conducta delictiva y si resulta responsable penalmente.

En el proceso represivo, la litis se integra en dos momentos distintos con calidades jurídicas diferentes: en forma material, con la contestación del cargo que hace el indiciado en la audiencia pública

(142) Op. cit., p. 72.

(143) Ibidem.

al rendir su declaración preparatoria; y, jurídicamente, en el auto, que consagra la existencia del delito y la presuntiva responsabilidad penal, y sujeta a proceso al ciudadano."(144)

Tomando en cuenta que la litis del proceso penal se forma tanto en el auto de formal prisión, como en el de sujeción a proceso; entonces no se debe de permitir la variación de la misma, ya que se dejaría en indefensión al procesado. Por eso el párrafo en estudio indica que el proceso penal se debe de seguir por el delito o delitos que se indican en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, para que el procesado no quede en indefensión, ya que todo el proceso versará sobre la imputación señalada en el citado auto.

Estudio del tercer y último párrafo del artículo 19 constitucional. Nos indica el citado párrafo:

"Todo mal tratamiento que en la aprehensión o en las prisiones; toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades."

Es "(...) indudable que a través de su detención el individuo se encuentra prácticamente a merced de la autoridad, ya que sólo de manera muy limitada podrá defender sus derechos durante la misma. Así por ejemplo, no podrá defenderse efectivamente contra la violencia o brutalidad en la aprehensión, ni contra la incomunicación, la tortura, o los tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni contra cualquier otro tipo de agresión física o psicológica, en lugares de su detención."(145) Es por lo anterior que el párrafo en comento se

(144) MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Op. cit., pp. 133 y 134.

(145) VARIOS AUTORES. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada. Op. cit., p. 50.

establece una prohibición a las autoridades para que se infieran molestias a los gobernados desde que son aprehendidos hasta que se encuentran reclusos por medio de la prisión preventiva o se encuentren purgando una pena.

Así mismo, se establece en esta parte del precepto constitucional una obligación a cargo del legislador para crear toda una regulación jurídica para sancionar a quienes se sitúen en las hipótesis que se indican en este artículo. Tanto en el Código Penal en el Título décimo y décimo primero, así como en la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, encontramos diversos delitos encaminados a tutelar los excesos de parte de las autoridades.

4.4 ANALISIS DEL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL

Dispone el artículo 20 constitucional:

En todo proceso de orden penal, tendrá el inculcado las siguientes garantías:

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculcado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculcado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberá ser asequibles

para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, las modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional;

II. No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;

III. Se le hará 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, rindiendo en ese acto su declaración preparatoria;

IV. Siempre que lo solicite, será careado en presencia del juez con quienes depongan en su contra;

V. Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, con cediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso;

VI. Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que

cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación;

VII. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso;

VIII. Será 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 excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

IX. Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por su abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y,

X. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en las

fracción II no estará sujeto a condición alguna.

En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría Jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera y, los demás que señalen las leyes."

Antecedentes del artículo 20 constitucional. Sus antecedentes "(...) se remontan a la aparición del pensamiento humanista en el ámbito del derecho penal cuyo más destacado representante fue el marqués de Beccaria que en el siglo XVIII en su obra De los delitos y las penas planteaba la síntesis del pensamiento liberal en torno a la preservación de la estimación del individuo y el respeto a su dignidad aun en el caso de tratarse de un criminal.

El alto valor concedido a la libertad exigía que el derecho rodeara de garantías cualquier procedimiento, por virtud del cual aquélla pudiera perderse. Este pensamiento está en la raíz de las disposiciones constitucionales que establecen los requisitos procesales en favor de aquel a quien se imputa la comisión de un delito. Desde la Constitución de Cádiz se señalaban normas al respecto a fin de evitar las detenciones prolongadas, la compulsión para obligar al acusado a declarar en su contra, la creación de impedimentos que lo colocara en situación de no poderse defender adecuadamente, o el empleo de amenazas o torturas en su contra. Estos principios se recogieron por los diversos documentos constitucionales mexicanos, incluso en las Leyes Constitucionales de 1836 que tuvieron un carácter fuertemente conservador."(146)

Análisis de las garantías contenidas en la primera fracción del su artículo 20 constitucional. La fracción en cuestión regula la libertad bajo caución, que es la que se presenta cuando estando sujeto a prisión preventiva el procesado, de acuerdo con el artículo 18 constitucional, se le pone en libertad mientras se substancia el proceso que determinará su responsabilidad en un ilícito penal, por medio de una garantía económica que asegurará que no se sustraiga a la acción de la justicia.

La libertad bajo caución se puede obtener desde "(...) el momento en que sea aprehendido el acusado, independientemente de que haya rendido su declaración preparatoria o aun no la rinda y hasta antes de que se emita la resolución definitiva. Por eso, el artículo 20 fracción I de la Constitución emplea la expresión "inmediatamente" y no condiciona a determinado tiempo el otorgamiento de ese beneficio para el acusado." (147)

Requisitos para que proceda la libertad bajo caución. La fracción en estudio fue reformada por Diario Oficial de fecha 3 de julio de 1996, la que desafortunadamente fue realizada bajo una pésima redacción, en la que a nuestro criterio dejó latentes gran parte de las ideas originales, pero desarrolladas bajo una obscura redacción.

Así las cosas, consideramos que la fracción en estudio señala que se otorgará dicha libertad cuando:

- a) Que lo solicite el inculcado (primer párrafo del artículo 20 constitucional);
- b) Que se garantice el monto estimado de la reparación de los daños y perjuicios (segundo párrafo del artículo 20 constitucional);
- c) Que se garantice el cumplimiento de las obligaciones procesales a

su cargo (segundo párrafo del artículo 20 constitucional);

d) Que se garantice el monto de las sanciones pecuniarias (segundo párrafo del artículo 20 constitucional);

e) Que no se trate de delitos graves (primer párrafo del artículo 20 constitucional);

f) Cuando se trate de delitos no graves, que el Ministerio Público no solicite la negativa del beneficio de la libertad bajo caución por antecedentes de delitos graves o por que aporte elementos que indiquen, que su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, hagan pensar que se pone en riesgo al ofendido y a la sociedad.

Es importante agregar que para determinar el monto y forma de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito, así como las características del inculpaado.

Por lo que hace a los incisos b), c) y d), tenemos que, aun cuando el párrafo segundo de la fracción en comento, no indica en forma expresa que se deban de garantizar las obligaciones procesales, los daños y perjuicios, y la sanción pecuniaria, no puede entenderse de otra forma la norma constitucional al momento de otorgar la caución, en razón de que ese es el único fin lógico que se le puede dar a la redacción indicada. En efecto, si el texto en estudio señala que "Para resolver sobre la forma y el monto de la caución el juez deberá tomar en cuenta (...) la posibilidad del cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso pudiera imponerse al inculpaado.", se refiere necesariamente a que se deben de garantizar dichas obligaciones por parte del inculpaado, ya que de no ser así, carecería de sentido que se indicará en

la fracción en estudio, que el juez tomará en cuenta dichas obligaciones del inculcado para fijar la caución.

Disminución de la caución. El segundo párrafo primera parte de la fracción que se estudia, establece que el monto y forma de la caución deberán ser asequibles al inculcado, lo que nos permite reflexionar que el monto debe ser de acuerdo a las posibilidades económicas de la persona sujeta a detención y su forma debe ser la que más le acomode, es decir, que puede dar la garantía que al efecto más fácil pueda conseguir.

Es importante aclarar, que hay obscuridad en la redacción del segundo párrafo, ya que por un lado, se indica que la caución deberá ser asequible al inculcado, y por otro se indica que el juez deberá de tomar en cuenta diversas obligaciones económicas a cargo del inculcado, lo que nos constriñe a dar una interpretación sistemática para no incurrir en contradicciones en la fracción en estudio. Así, consideramos que el juez debe, en primer lugar fijar caución tomando en cuenta todas las obligaciones económicas que se deberán solventar y salvo que se demuestre que hay imposibilidad de cumplir con la garantía solicitada, podrá disminuirse ésta por parte del juez. Es por esto que el tercer párrafo de la fracción a estudio, establece que "(...) En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución."

La disminución de la caución se encuentra regulada en el artículo 560 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

La revocación de la libertad provisional bajo caución. Establece el tercer párrafo de la fracción en comento:

"La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional;"

En este párrafo encontramos la revocación de la libertad provisional,

la cual se decretará sólo en los casos que determine la ley, con lo cual se le priva al juez la facultad de señalar la gravedad del incumplimiento de las obligaciones del inculpaado dentro del proceso penal. Queda entonces como facultad exclusiva del legislador el señalar los casos en que deba revocarse la libertad provisional bajo caución.

Libertad bajo protesta. La libertad bajo protesta es un derecho "(...) concedido a los procesados por los códigos de procedimientos penales (CFPP, artículos 418 a 421, inclusive; CPPDF, artículos 552 a 555, inclusive), que les permite obtener su libertad mediante una garantía de carácter moral, su palabra de honor de no fugarse."(148)

En la libertad bajo protesta el legislador ha ampliado la garantía de libertad señalada por la Constitución. En este aspecto, debemos decir que hay una corriente que considera que las garantías individuales son mínimas, y no así máximas, por lo que se pueden ampliar por el legislador ordinario, siendo precisamente este el criterio que han adoptado nuestros códigos procesales penales. Sin embargo, es importante reflexionar que en la medida en que se beneficie al inculpaado en la concesión de su libertad sin garantía económica alguna, se descuida el interés del ofendido, quien desde luego goza del derecho a la reparación del daño.

Análisis de las garantías contenidas en la segunda fracción del artículo 20 constitucional. La segunda fracción, tutela la garantía de no autoincriminación en la declaración del inculpaado ante el órgano jurisdiccional. La garantía en estudio contiene los siguientes elementos:

a) La declaración deberá ser espontánea (lo que implica que no será obligado a declarar a través de la incomunicación, intimidación o tortura);

b) La declaración deberá ser rendida exclusivamente ante la presencia del Ministerio Público o del Juez;

c) La declaración deberá ser rendida en la presencia de su defensor;

Establece la fracción en estudio, que en caso de que se incumplan las formalidades que se indican en los incisos b) y c) en la declaración del inculcado, carecerá de todo valor probatorio (los artículos 59 y 249 del Código de Procedimientos Penales para el D. F. regulan parcialmente ambos incisos, así como el artículo noveno de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura). Hay que destacar que es censurable el hecho de que la Constitución no sancione la coacción indicada en el inciso a), como la que se indica en los incisos b) y c); sin embargo, esta situación se ve de alguna forma subsanada por la legislación secundaria, ya que en el artículo 134 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y por el artículo octavo de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura al establecer respectivamente:

"(...)

En caso de que la detención de una persona exceda de los plazos señaladas en el artículo 16 de la Constitución Federal, se presumirá que estuvo incommunicada y las declaraciones que haya emitido el detenido no tendrán validez."

"Ninguna información o confesión que haya sido obtenida mediante tortura podrá invocarse como prueba."

Es importante destacar la buena intención del legislador, al establecer la invalidez en la declaración del inculcado; pero, consideramos que la sanción a las diversas violaciones de las formalidades, debe de ser señalada por la propia constitución, ya que las legislaturas locales pudieran hacer nugatorio el cumplimiento de esta garantía.

Análisis de las garantías contenidas en la tercera fracción del artículo 20 constitucional. "El juicio penal es un proceso contencioso. El litigio se va a resolver en el auto que determina la situación jurídica del inculcado o en la sentencia dentro del proceso. El debate versa sobre si la conducta es delito en términos de ley; si el inculcado realizó la conducta delictiva y si resulta responsable penalmente.

En el proceso represivo, la litis se integra en dos momentos distintos con calidades jurídica diferentes: en forma material, con la contestación del cargo que hace el inculcado en la audiencia pública al rendir su declaración preparatoria; y, jurídicamente, en el auto, que consagra la existencia del delito y la presuntiva responsabilidad penal, y sujeta a proceso al ciudadano."(149)

La audiencia de la declaración preparatoria. La fracción tercera del artículo 20 constitucional tutela la audiencia en la que se toma la declaración al inculcado ante el órgano jurisdiccional, después de que se ejercitó acción penal. La declaración que se indica, se le conoce como preparatoria.

De acuerdo con el artículo 20 constitucional, la citada audiencia debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Deberá ser pública (artículo 20 fracción III);
- b) Deberá ser dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación al juez (artículo 20 fracción III);
- c) Se le informarán al inculcado los derechos que le otorga la Constitución (artículo 20 fracción IX);
- d) En caso de que el inculcado no designe defensor, el juez le

deberá designar uno de oficio (artículo 20 fracción IX):

e) Se le deberá indicar al inculcado el nombre de su acusador (artículo 20 fracción III);

f) Se le deberá indicar 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 (artículo 20 fracción III);

g) Se le tomará la declaración al inculcado, cumpliendo la garantía de no autoincriminación. (fracción II del artículo 20 constitucional);

Análisis de las garantías contenidas en la fracción cuarta y quinta del artículo 20 constitucional. Las fracciones a estudio facultan al inculcado para que ofrezca y consiguientemente se le reciban las pruebas (aquí queda incluido el careo) que habrán de demostrar alguna excluyente del tipo penal (antes excluyentes de responsabilidad).

Estas fracciones tutelan un derecho esencial e inherente a todo ser humano: que se le reciban las pruebas tendientes a acreditar su defensa.

"Las pruebas en el proceso penal deben de ofrecerse en los términos y plazos que establece la legislación procesal ordinaria; y, para su admisión, deberán ser de tal naturaleza que no resulten contrarias a la ley o a la moral." (150)

No rige la garantía en estudio, cuando las pruebas que ofrezca el inculcado restringido de su libertad, se da a la fuga.

La Corte ha establecido:

"PROFUGOS, GARANTÍAS DE LOS. Basta con que el indiciado se encuentre prófugo, para que la omisión de la práctica de las diligencias que promueva ante la autoridad judicial, no sea violatoria de garantías. Debe tenerse en cuenta que, según el artículo 20 de la Constitución Federal:

(150) Op. cit., p. 213.

"En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: V. Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándose para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso", y conforme a la interpretación que ha dado esta Suprema Corte a la disposición transcrita, por acusado se entiende el que, habiendo sido aprehendido, queda o debe quedar sujeto a un procedimiento penal; por lo que el indiciado en una averiguación de esa índole no goza, en tanto no se le captura, de las garantías que otorga el artículo 20 constitucional."

Ejecutoria visible en el tomo CI, pág. 928, bajo el rubro: Amparo penal en revisión 7276/48, Siliceo Pauer, Paul, 28 de julio de 1949. (151)

Al comentar la ejecutoria anterior, nos indica el maestro Jorge Alberto Mancilla Ovando:

"Los razonamientos que formula nuestro más Alto Tribunal, no son del todo del todo suficientes y su explicación jurídica se encuentra en causas distintas.

El acusado sigue teniendo esa calidad en el proceso penal, no obstante estar prófugo; deja abierta la instrucción en el juicio, teniendo ahí el carácter del procesado. No puede gozar de la garantía de las pruebas, porque al sustraerse de la acción de la justicia, el efecto jurídico que produce es la suspensión del procedimiento hasta que se le reaprehenda; y por tales causas no se pueden admitir y desahogar las pruebas que ofrezca, sin que ello viole garantías individuales

(151) Citado en Op. cit., p. 214.

les."(152)

La suspensión del procedimiento por causa de la sustracción de la acción de la justicia por parte del inculpado, la encontramos en los artículos 477 fracción primera del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y en el 468 fracción primera, del Código Federal de Procedimientos Penales.

Por último, la fracción quinta establece como obligación de parte de la autoridad que conozca del juicio, el que le facilite la comparecencia de los testigos que solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso. En este aspecto, se cuida la debida defensa del inculpado, ya que de nada le serviría ofrecer pruebas si no se le auxilia en su desahogo.

Finalmente, la última parte de la fracción en estudio, señala que se le recibirán al inculpado los testigos, siempre que se encuentren en el lugar del proceso; situación que no podía ser de otra forma, ya que el tribunal que esté conociendo del proceso, no puede tomar la declaración a quienes no están dentro de su competencia, ya que el estado mexicano, se rige por un sistema federal, en donde cada una de sus partes son libres y soberanas y pretender invadir la esfera territorial de un estado, viola el pacto federal. En todo caso, el inculpado deberá ofrecer la prueba solicitando se desahogue por medio de exhorto al C. Juez competente.

Análisis de las garantías contenida en la fracción sexta del artículo 20 Constitucional. Esta fracción contiene diversas garantías, las que se pueden dividir en:

a) El inculpado será juzgado en audiencia pública. La audiencia

(152) Op. cit. p. 214.

pública, es "(...) una diligencia judicial (acto procesal) a la cual comparecen las partes en el juicio ante el juzgador (que es quien los preside), a fin de desahogar los medios probatorios aportados por esas partes y la cual puede ser presenciada por cualquier persona, independientemente de que tenga interés en el negocio o carezca del mismo; de ahí que esa diligencia sea pública."(153)

Cabe agregar que en la audiencia, es necesaria la presencia del juez "(...) puesto que si no asiste dicho funcionario a la misma, se habrán violado las leyes del procedimiento afectando las defensas del acusado y provocando la interposición del juicio de garantías, según fracción X, del artículo 160 de la Ley de Amparo, que dispone que se da tal hipótesis (afectación a las defensas del quejoso) "Cuando se celebre la audiencia de derecho sin asistencia... del juez que deba fallar" Así mismo, deben estar presentes en esa audiencia "el secretario o testigos de asistencia que deban autorizar el acta (ibidem), a fin de que esta diligencia (audiencia de ley) no sea inconstitucional. Si a tal audiencia no concurren esos funcionarios, el Tribunal Colegiado de Circuito competente deberá mandar reponer el procedimiento a través de una sentencia para los efectos"(154)

Así como la presencia del juez es esencial al proceso, lo es también la del Ministerio Público, ya que de no estar presente en la audiencia de ley, se habrán violado las defensas del inculcado y será procedente conceder el amparo y protección federal, de acuerdo con el artículo 160 fracción X de la Ley de Amparo.

b) El juicio que se siga al inculcado será ante un juez o jurado, siempre que su pena sea mayor de un año de prisión. La Constitución

(153) Op. cit., p. 81.

(154) Ibidem.

"(...) permite que estos delitos sean sometidos al jurado, más no exige que lo sean. Corresponde a los legisladores de las entidades federativas, al dictar sus leyes locales de procedimientos penales, al determinar qué delitos, entre los que pueden ser sancionados con una pena mayor de un año de prisión, deberá ser sometidos al jurado."(155) Así lo ha sostenido la Corte en jurisprudencia definida en la tesis 162, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1975, Segunda Parte, Primera Sala.

Independientemente de que la pena establecida en el delito exceda de un año de prisión o no, es pertinente recordar que el artículo 21 de la Constitución establece la facultad jurisdiccional por parte de los tribunales judiciales para imponer las penas; de lo que se desprende que salvo en el caso de los delitos de prensa indicados por la fracción en comento, en cualquier otro caso podrá conocer la autoridad judicial.

c) En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos de prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación.

d) El jurado de ciudadanos deberá saber leer, escribir, así como ser vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito. Este inciso constituye una auténtica garantía, que deberá de cumplirse al pie de la letra. Así, si los miembros del jurado no saben leer y escribir o no son vecinos del lugar, habrá violación en la garantías del inculpado.

Al regular la fracción constitucional en cuestión, señala el artículo 160 de la Ley de Amparo:

"En los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del

(155) ZAMORA PIERCE, JESUS. Op. cit., pp. 311 y 312.

quejoso:

XI. Cuando debiendo ser juzgado por un jurado, se lo juzgue por otro tribunal;

XII. Por no integrarse el jurado con el número de personas que determine la ley, o por negársele el ejercicio de los derechos que la misma le concede para la integración de aquél;

XIII. Cuando se sometan a la decisión del jurado cuestiones de distinta índole de la que señale la ley."

Definitividad de los fallos de los jurados. La Corte ha establecido que por regla los fallos de los jurados son definitivos, es decir, "(...) sus resoluciones son firmes y no pueden ser anuladas por los jueces de derecho, como lo menciona la Tesis de jurisprudencia 142, de la propia Segunda Parte (Sala Penal de la Suprema Corte), intitulada "JURADO POPULAR, ACTUACIONES DEL".":(156) Sin embargo, indica el artículo 160 fracción XII y XIII de la Ley de Amparo, que procede el amparo directo cuando se infrinjan las mismas.

Por último, a manera de reflexión podemos decir que quien decide una controversia, debe reunir toda una serie de características, siendo una de ellas la capacidad técnica. Efectivamente, quien resuelve una causa penal, no puede ser un persona sin los conocimientos necesarios, ya que el proceso penal es extremo complejo y no de fácil manejo. Por otro lado, un jurado es más fácilmente impresionable que el juez, lo que lo hace endeble a las buenas actuaciones dramáticas de las partes en juicio.

Análisis de la garantía contenida en la fracción séptima del artículo 20 constitucional. La mencionada fracción contiene el derecho del inculpado a la información del proceso penal que se sigue en su contra.

Para que se defienda de la mejor forma un procesado, es menester que conozca en forma detallada los pormenores del proceso. Consideramos que de aquí se desprende el derecho a que se le permita el acceso a las actuaciones, ya que ésta es la mejor forma de imponerse de ellas y que por tanto se prepare una adecuada defensa; asimismo, deberá de permitir-sele obtener copias de las actuaciones que desee, ya que si puede verlas, con mayor razón podrá obtener reproducciones de las mismas.

Esta fracción se encuentra íntimamente ligada con la tercera fracción del artículo 20 constitucional, ya que en el mismo se señala que en la audiencia de la declaración preparatoria, se deberá indicar al inculcado el nombre de su acusador (testigos, denunciantes y querellantes de los hechos) y la naturaleza (el delito) y causa de la acusación (las pruebas), a fin de que conozca el hecho y pueda producir su contestación al cargo.

En relación con el derecho a la información del inculcado, establece el artículo 160 de la Ley de Amparo:

"En los juicios del orden penal se consideran violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso: -

I. Cuando no se le haga saber el motivo del procedimiento o la causa de la acusación y el nombre de su acusador particular si lo hubiere;

VIII. Cuando no se le suministren los datos que necesite para su defensa:"

De acuerdo con las fracciones del precepto en cita, si el juez no le aporta al inculcado la información que se indica, se da la procedencia del amparo, por violación a su derecho a defenderse.

Análisis de las garantías contenidas en la fracción octava del

artículo 20 constitucional. Esta fracción tutela la garantía de brevedad en los procesos penales.

Señala la fracción en estudio:

"VIII. Será 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 excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo la defensa;"

Del precepto en cita, se desprende entonces que los juicios se tramitarán en los siguientes términos:

a) Si el delito se sanciona con pena que no exceda de dos años, antes de cuatro meses;

b) Si el delito se sanciona con más de dos años, antes de un año.

c) Si la defensa lo solicita, podrán ampliarse los plazos indicados.

El punto de partida para el cómputo de los términos, será a partir del auto de formal prisión; de lo anterior se infiere que el mencionado término, opera sólo en el proceso penal propiamente dicho y no así en la averiguación previa.

Así lo ha sostenido la Corte en la siguientes jurisprudencias:

"Procesos. Cuando el acusado no ha sido detenido, ni contra él se ha dictado auto de formal prisión, no cabe la aplicación de la fracción VIII del artículo 20 constitucional y los plazos a que la misma se refiere, deben contarse desde la fecha de dicho auto de formal prisión."

Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época: Tomo XV, Pág. 700. Rivas, Jesús María.

"PROCESO. A QUIÉNES SE REFIERE LA GARANTÍA DE SU TÉRMINO, DENTRO DEL PLAZO CONSTITUCIONAL. La garantía que establece la fracción VIII del artículo 20 constitucional, sobre el término en que deben fallarse los

procesos, se refiere al acusado y no a los simples indiciados, y los expedientes instruidos a efecto de recibir todas las pruebas que pueden servir para la persecución de un hecho delictuoso, mientras no pasen de simple averiguación, esto es, en tanto no haya acusación contra determinada persona, sujeción a proceso y restricción de la libertad, no tienen término constitucional para su conclusión."

Tomo XV	- Rivas, Jesús María.....	Págs. 700
Tomo XXVII	- Medina, Catarino M.....	778
Tomo XXXIV	- Acevedo, Fausto.....	282
Tomo XLVIII	- Carrasco, Alfredo.....	1674
Tomo L	- Domínguez, Jesús G.	316

Jurisprudencia 228 (Quinta Época), Pág. 468, Sección Primera, Volumen la Sala.- Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965. En la compilación de fallos de 1917 a 1954 (apéndice al tomo CXVIII), se publicó con el mismo título, No 818, Pág. 1494.

Se ha discutido bastante acerca de si la garantía en estudio abarca sólo a la primera instancia o si incluye a los recursos y aún más el amparo. En este aspecto, nos dice Jesús Zamora Pierce:

"La garantía de brevedad no ampara la vía impugnativa de apelación ni el amparo, pues, en tal caso, los plazos de la fracción VIII serían de imposible observancia. Si los tribunales de apelación no dictan su sentencia dentro de los plazos marcados por la ley, podrá afirmarse que desobedecen el mandamiento del artículo 17 constitucional, conforme al cual la justicia debe administrarse "en los plazos y términos que fija la ley", más no que violan la garantía específica de brevedad consagrada en la fracción VII del artículo 20."(157)

Para sostener su criterio, el citado jurista cita la siguiente jurisprudencia:

"PROCESOS, TÉRMINO DE LOS. La garantía que establece el artículo 20 constitucional, respecto del plazo en que debe de ser juzgado un reo, no puede referirse, evidentemente, sino al juzgamiento en primera instancia, único al que corresponde jurídicamente ese nombre; los posteriores recursos que concede la ley, para combatirse la declaración jurisdiccional, no tienen ya propiamente el carácter de nuevos juicios, ni dejan insubsistente el ya emitido, sino acaso, modifican la sentencia ya pronunciada"

Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época: Tomo LXXIV, Pág. 4269. Manjarrez, Norberto.

Efectos jurídicos del incumplimiento de esta garantía. La violación a la garantía de brevedad de los juicios por exceder los términos indicados para la duración de los procesos penales, produce las siguientes consecuencias:

a) Si no se ha dictado sentencia, que se dicte la misma. Este criterio lo sostiene la Corte en la siguiente jurisprudencia:

"PROCESO. AMPARO POR NO CONCLUIRLOS DENTRO DEL TÉRMINO CONSTITUCIONAL. El amparo que se enderece contra la violación consistente en que un proceso no se ha concluido dentro del término constitucional, no puede tener por efecto que se ponga en libertad al reo, sino sólo obligar a la autoridad responsable a que falle desde luego el proceso, absolviendo o condenando al inculpado."

Quinta Época:

Tomo IV - Mireles, Alberto.....Págs. 573

Tomo IV - Arias, Jesus y Coags..... 885

	157
Tomo IV - Romero, Ernesto.....	1232
Tomo V - Espinosa, Pablo.....	43
Tomo V - Figueroa, Romo y Coags.....	997

Tesis de Jurisprudencia Definida número 241, Apéndice 1917-1975, Segunda Parte, Primera Sala, Pág. 521.

Cabe agregar, que el amparo que ordene se dicte sentencia por haberse violado los plazos que establece la Constitución, no lo es para que se dicte sentencia en forma inmediata, sino que debe darse oportunidad a que se ofrezcan las conclusiones, ya que se daría el caso de que se dejara en libertad al inculpado por no haberse propuesto las conclusiones por parte del Ministerio Público. Confirman lo expuesto las siguientes jurisprudencias:

"PROCESOS. Cuando se concede la protección de la Justicia Federal porque no se haya concluido un proceso dentro del término constitucional, aquélla debe otorgarse para el efecto de que el juez responsable exija del Ministerio Público, la presentación de sus conclusiones, en los términos que procedan, conforme a la ley, oiga en defensa al procesado, y falle sin demora; pues si se concediera para el efecto de que inmediatamente se dictara sentencia, ésta podría ser absolutoria, por falta de conclusiones del Ministerio Público, lo cual sería en perjuicio de la buena administración de justicia."

Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época: Tomo XXX, Pág. 1721. Cadena, Ana.

PROCESOS, TÉRMINO PARA CONCLUIRLOS. Si se está privando de su libertad y de sus derechos a los encausados, transgrediendo las normas procesales contenidas en la Constitución y en la ley adjetiva aplicable, relativas al término para fallar un proceso, lo que importa la violación

de las garantías concedidas por los artículos 14 y 16 constitucionales, ello amerita el otorgamiento de la protección constitucional, para el efecto de que el juez responsable, de inmediato declare cerrada la instrucción con las pruebas que existan y, previas las conclusiones del Ministerio Público y de la defensa, se dicte sentencia definitiva en el proceso."

Amparo en revisión 6856/1948. Ramírez, Fidel A. y Coag. Abril 24 de 1950. Unanimidad de 4 votos.- la Sala .- Quinta Época, Tomo CIV, Pág. 829.

b) Si se dictó sentencia fuera de los plazos señalados por la Constitución, el que se consume la violación en forma irreparable. Así lo sostiene la Corte en la siguiente jurisprudencia:

"PROCESOS. TERMINO PARA CONCLUIRLOS. La violación del artículo 20 constitucional, fracción VIII, es inoperante si aunque es verdad que el quejoso fue sentenciado después de los plazos que ese precepto establece, los hechos quedaron consumados de modo irreparable; y lo que quedaría sería únicamente el derecho del acusado para exigir a los funcionarios que incurrieron en esta omisión, la responsabilidad consiguiente."

Amparo directo 4196/1958. Domitilo Rico Páramo. 5 votos.

Volumen XXII..... Págs. 149

Amparo directo 3013/1959. Jesús Mendoza Paz. 5 votos Vo-

lumen XXVI..... 115

Amparo directo 6873/1958. Jesús Amaro Báez. Unanimidad

de 4 votos. Volumen XXXIII..... 80

Amparo directo 3458/1959. Ramón Guerrero Manjarrez. Unan-

imidad de 4 votos XXXVI..... 82

Amparo directo 6100/1960. Belisario Valdez Moreno. Unani-

midad de 4 votos. Volumen XLII..... 21

Jurisprudencia 232 (Sexta Época), Pág. 473, Sección Primera, Volumen la Sala .- Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965.

Tesis de Jurisprudencia Definida número 246, Apéndice 1917-1975, Segunda Parte, Primera Sala, Pág. 534.

Tesis de Jurisprudencia Definida número 199, Apéndice 1917-1985, Segunda Parte, Primera Sala, Pág. 438.

c) La responsabilidad del juez por la violación a la garantía de brevedad en los procesos penales. La responsabilidad de parte de los funcionarios se originará siempre que haya defecto en el ejercicio de las funciones que ejerza el mismo. Cabe decir, que el hecho de que se sancione al servidor público, no le restituye la garantía violada al gobernado. La jurisprudencia antes citada, indica el efecto de responsabilidad del servidor público cuando viola la garantía en estudio.

Como ya lo hemos venido diciendo, las garantías penales deben de indicar cuales son los efectos a la violación de las mismas y no así las diversas legislaturas y la Corte, en virtud de que pueden hacer nugatoria la garantía que se pretende proteger. El ejemplo más claro lo tenemos en la jurisprudencia citada por última vez, ya que indica, que si se dictó sentencia excediéndose los términos que señala la Constitución, se ha consumado de forma irreparable la violación. A la que tenemos que agregar, que si basta que se dicte sentencia para que se consuma la violación, de nada sirvió que se plasmara en la Constitución un término para la duración de los procesos penales. Consideramos que en caso de excederse los términos indicados por la Constitución, se debe de poner en inmediata libertad al inculpado (así lo ha establecido la propia Constitución para otros casos en el art. 16). Para sostener este

criterio, nos indica Jesús Zamora Pierce:

"En algunas ocasiones, la propia Constitución establece cuáles serán las consecuencias de que las autoridades no cumplan con las obligaciones que les impone una garantía. Así, por ejemplo, la violación de la garantía consistente en que ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión (art. 19 constitucional), trae aparejada la consecuencia de que los alcaldes y carceleros deban poner en libertad al detenido, so pena de ser consignados inmediatamente a la autoridad competente (art. 107, frac. XVIII constitucional).

En otros casos, la Constitución no establece, en forma expresa, la consecuencia jurídica de la violación. Tal es el caso de la garantía de brevedad. No obstante, de ello no debemos concluir que la violación no lleva aparejadas consecuencias dentro del ámbito del derecho, pues ello equivaldría a negarle, al precepto que la establece, el carácter de norma jurídica.

Basta, para integrar la norma, con referirnos al principio general de Derecho conforme al cual, los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público son nulos (art. 8o del Código Civil).

Luego entonces, los actos del juez que continúa un proceso penal más allá del límite marcado imperativamente por la Constitución, van contra el tenor de una ley prohibitiva y de interés público, y en consecuencia, son nulos y no deben producir efectos. Deben cesar el proceso y sus consecuencias, especialmente la prisión preventiva, si es que el procesado se encuentra sujeto a ella.

El Código Penal tipifica, como delito de Abuso de Autoridad, el de

quien, estando encargado de administrar justicia, bajo cualquier pretexto, aunque sea el de obscuridad o silencio de la ley, se niegue injustificadamente a despachar un negocio pendiente ante él, dentro de los términos establecidos por la ley (art. 215, frac. IV), y como Delito Cometido por los Servidores Públicos el retardar o entorpecer, maliciosamente o por negligencia, la administración de justicia (art. 225, frac. VIII).

Incorre en esas conductas delictuosas el juez que omite dictar sentencia dentro del plazo constitucional. Y sería una contradicción en términos el afirmar que su conducta es, a la vez, delictuosa y válida para continuar el proceso.

No obstante lo expuesto, la Corte se rehúsa a conocer las consecuencias obvias de la garantía de brevedad."(158)

Análisis de las garantías contenidas en la fracción novena del artículo 20 constitucional. La citada fracción contiene las siguientes garantías:

a) Desde el inicio del proceso, será informado de los derechos que consigna la Constitución. En este inciso, se plasma un importante derecho para el inculpad, ya que en esta parte del proceso, el juez se vuelve su asesor, al indicarle sus diferentes derechos derivados de la Carta Magna.

b) Tendrá derecho a una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza. El inculpad tiene derecho a defenderse y a que lo defiendan sin importar si su defensor es o no abogado, ya que la Constitución en ningún momento restringe esa facultad a quienes no poseen el Título de licenciado en Derecho. En caso de las legislaturas prohíben esa facultad a las personas que no cuentan con el título correspondiente,

(158) Op. cit., p. 329 y 330.

están conculcando la garantía en cuestión.

"Como resultado de la reforma constitucional de 1993, la fracción IX otorga al inculpado el derecho a una defensa adecuada. Es difícil comprender lo que este adjetivo viene a exigir. Tampoco queda claro en qué forma garantizará el Estado que la defensa sea adecuada. Si acaso la Constitución exigiera que el defensor fuera, necesariamente, abogado, podríamos entender que calificara de adecuada la defensa realizada con pericia, por quien conoce el Derecho y está sujeto a los principios de la ética profesional: pero, dado que la Constitución permite al inculpado confiar su defensa a una persona de su confianza, no profesional e ignorante del Derecho, al exigir que la defensa sea adecuada, pareciera que nuestra norma fundamental otorga un derecho sin imponer las condiciones para hacerlo efectivo."(159)

c) Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de ser requerido, el juez le nombrará uno de oficio. El inculpado no puede quedar en indefensión, por lo tanto, si no quiere nombrar defensor le corresponderá como obligación al juez el designarle uno de oficio, siempre que el inculpado no decida defenderse por sí mismo.

En relación con los incisos a) y b), el artículo 160 (fracción II de la Ley de Amparo señala:

"En los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso:

II. Cuando no se le permita nombrar defensor, en la forma que determine la ley; cuando no se le facilite, en su caso, la lista de los defensores de oficio, o no se le haga saber el nombre del adscrito al

juzgado o tribunal que conozca de la causa, si no tuviere quien lo defienda; cuando no se le facilite la manera de hacer saber su nombramiento al defensor designado; cuando se le impida comunicarse con él o que dicho defensor lo asista en alguna diligencia del proceso, o cuando, habiéndose negado a nombrar defensor, sin manifestar expresamente que se defenderá por sí mismo, no se le nombre de oficio;"

d) Tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera. En este inciso encontramos dos garantías, a saber, que el defensor comparezca en todos los actos del proceso (lo que le permite conocer a la perfección el juicio que se instruye al inculcado); y que el defensor tenga obligación de comparecer cuantas veces se le requiera. Esta última obligación, independientemente de que tenga consecuencias civiles y penales, es una obligación procesal que debe el juez de velar por que se cumpla, ya que puede dejarse en indefensión al inculcado.

En nuestro criterio, estas garantías, en caso de ser inobservadas, darán lugar a la procedencia del amparo directo, con fundamento en el artículo 160 fracción XVII.

Como se ha mencionado en otras garantías, a nuestro parecer, las sanciones al incumplimiento de las garantías penales, debe de ser establecido por la propia Constitución y no así en diversas leyes, ya que en muchas ocasiones se ha dejado a la interpretación, ya de las legislaturas o bien de los poderes judiciales las sanciones al incumplimiento de las garantías, que en muchas ocasiones son desafortunadas.

Análisis de las garantías contenidas en la fracción décima del artículo 20 constitucional. Señala la fracción en estudio en su primera parte:

"En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpaado las siguientes garantías:

X. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil u otro análogo."

En este párrafo se plasma una garantía importante, al no permitir la arbitraria retención del inculpaado porque adeuda los honorarios a su defensor.

Consideramos que siendo el defensor, un instrumento del inculpaado para conseguir su libertad, no puede por su propia naturaleza servir para que su defenso quede privado de su libertad. Además de que la deuda al defensor, nada tiene que ver con la litis penal planteada inicialmente. Lo mismo podemos establecer por los motivos de responsabilidad civil o económica que deriven del ilícito por el cual se le procesa.

Análisis de la garantía contenida en el segundo y tercer párrafos de la fracción décima del artículo 20 constitucional. Indican los párrafos en estudio:

"Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención"

En esta parte del precepto, se plasma una garantía que establece la prohibición de una situación que prevaleció en muchas ocasiones, consistente en que los inculpaados seguían privados de su libertad, no obstante que la pena privativa de libertad que señala el delito por el cual se les había procesado, se había rebasado por el tiempo que llevaba recluido en la prisión preventiva el inculpaado.

Esta garantía está ampliamente ligada con la que indica un término a los procesos judiciales, ya que no es raro que sean tan lentos los juicios, que se excedan las penas corporales señaladas para los mismos delitos.

La garantía en cuestión, confirma en forma indirecta que quien señala las sanciones a los ilícitos penales, es el poder legislativo, a través de leyes, no pudiendo por tanto el poder judicial exceder sus facultades, permitiendo la retención de quien legalmente ya extinguió su condena, debido al tiempo que ha estado privado de su libertad.

Los párrafos en estudio nos indican que debe de tomarse como parte de la pena el tiempo en que el inculcado se le tiene recluido en la prisión preventiva; y no podía ser de otra forma, ya que el que se encuentra restringido de su libertad deambulatoria, aun cuando esté en un establecimiento diverso a las personas que compurgan una pena, se le está restringiendo este derecho. Es por lo expuesto que consideramos que es de justicia, que se le reste a la pena impuesta al sentenciado, el tiempo que ha estado privado de su libertad en la prisión preventiva.

Análisis del penúltimo párrafo del artículo 20 constitucional. Este párrafo confiere al probable responsable las garantías que se indican en las fracciones I, V, VII y IX del artículo 20 constitucional en la averiguación previa, con lo cual se obliga al Ministerio Público a respetar dichos derechos en la fase investigadora.

En la última parte del párrafo en estudio, se establece que la fracción segunda no estará sujeta a condición alguna, a lo que podemos afirmar, que ninguna garantía penal está sujeta a condición y si la hubiera tendría que expresarlo la misma Constitución, lo que nos hace pensar que está demás dicha afirmación.

Garantías contenidas en el último párrafo del artículo 20 constitucional.

"El delito es, en principio, un encuentro directo entre dos protagonistas; uno quebranta algún bien del otro, que sufre la pérdida o el menoscabo; Se ha privado a este último del jus puniendi. No tiene derecho a castigar al infractor. Esta facultad pertenece íntegramente a la sociedad, representada por el Estado. Pero tiene el derecho a que se le proteja, para que no se le agrede nuevamente y se repare el daño que se le infligió, en la más amplia medida posible. Estos son sus derechos, que el Estado debiera custodiar con esmero. Es inadmisibles -y pone en riesgo al Estado de Derecho mismo, que se vería derrotado por su ineficiencia y por la desesperación de los ciudadanos- que la víctima del delito quede a merced del victimario, sufra nuevas violencias, pierda en definitiva los bienes que aquél, injustamente, dañó. En esta virtud, el ámbito penal también puede ser un escenario crítico para los del ofendido."(160)

El ofendido dentro del hecho penal, merece una regulación legal que le proteja, que no le deje fuera y que por tanto se ocupe de él, reconociéndole un derecho al resarcimiento de sus bienes jurídicos.

En este aspecto, señala el párrafo constitucional en estudio:

"En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrán derecho a recibir asesoría Jurídica, a que se le satisfaga la reparación de daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera y, los demás que señalen las leyes."

De acuerdo con el precepto en análisis, tenemos que el ofendido goza (160) GARCIA RAMIREZ, Sergio. El Nuevo Procedimiento ... Op. cit., p. 118.

de los siguientes derechos:

- a) Derecho a recibir asesoría jurídica;
- b) Que se le preste atención médica de urgencia cuando se requiera;
- c) A la reparación del daño;
- c) A coadyuvar con el Ministerio Público.
- d) Los demás que señalen las leyes.

Los derechos que señala la Constitución al ofendido son positivos, pero desde nuestro punto de vista son incompletos, ya que en la práctica se dan toda una serie de padecimientos que le aquejan y que deben ser protegidos directamente por la propia Constitución, ya que al no plasmarlos, se deja al azar y arbitrio de las diversas legislaturas hacerlo, lo que en muchos casos trae como consecuencia que nunca se haga. Así por ejemplo es constante la represalia del sujeto activo del delito, en contra de los ofendidos, por haber presentado la querrela; ante esta situación se debe proteger la integridad física y moral del ofendido. En este aspecto, hay que dejar asentado que el Estado debe proporcionar al ofendido un mínimo de seguridad.

4.5 ANALISIS DEL ARTICULO 21 CONSTITUCIONAL

De este precepto sólo se estudiará el primer párrafo, por ser el que se relaciona con nuestro trabajo.

Análisis de las garantías contenidas en la primera y segunda parte del primer párrafo del artículo 21 constitucional. Nos indica el citado párrafo:

"La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo

su autoridad y mando inmediato."

Dentro de la teoría del proceso penal contenido en nuestra Constitución, se establece una trilogía procesal, de donde se desprende que existen dos partes que contienden y el órgano jurisdiccional decida. Las partes que contienden son el Ministerio Público (con pretensión sancionadora generalmente), y el procesado (con pretensión absolutoria generalmente). Ambas partes a lo largo del proceso, aportarán pruebas para lograr sus pretensiones. Es entonces cuando el órgano decisorio dictará sentencia señalando a quien corresponde la verdad legal: "(...) sin embargo, debido a que en el ámbito mexicano el defensor adquiere una importancia que lo coloca a la par con el procesado, se han emitido diversas opiniones que lo consideran como un cuarto sujeto procesal dentro de esa relación, ya que si no existe defensor de oficio o el designado por el propio procesado, el proceso no puede integrarse por carecer de un elemento esencial de éste, o bien porque se está violando un precepto Constitucional." (161)

El artículo 21 constitucional, acorde con la teoría procesal, nos señala a dos partes del proceso penal, en este caso, a la autoridad judicial y al Ministerio Público.

La autoridad judicial. Le corresponde a esta autoridad la facultad de imponer sanciones (de acuerdo con la primera parte del párrafo en estudio), lo que excluye a otras autoridades, no sin antes recordar que la Constitución hace una excepción cuando se trata de los Jurados Populares.

Ministerio Público. De conformidad con el artículo 21 constitucional, corresponde la investigación y persecución de los delitos al Ministerio

(161) ORONÓZ SANTANA, Carlos M. Manual de Derecho Procesal Penal, tercera edición, Editorial Limusa S. A., México 1989. p. 38.

Público, misma que se traduce en dos facultades básicas a saber:

- a) La indagación de los delitos;
- b) El ejercicio de la acción penal.

La indagación de los delitos. Es facultad exclusiva de parte del Ministerio Público, realizar la averiguación de los delitos de los que tenga conocimiento, recabando todas las pruebas que se refieran al hecho que se investiga, y en caso de reunirse la probable responsabilidad y los elementos del tipo penal, se proceda a consignar la averiguación al juez competente. En relación con esta facultad de que está investido el Ministerio Público, la reforma a la Constitución publicada en el Diario Oficial del 3 de julio de 1996, adicionó el texto en estudio, incluyendo la palabra "investigación", con lo que se pretendió legitimar la atribución indagadora del Ministerio Público; a lo que debemos decir, que aun cuando el texto anterior no lo señalaba en forma expresa, siempre se interpretó que tuvo las facultades aludidas, cuando indicaba que "La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público (...)" . Entonces la reforma sólo viene a confirmar algo que ya existía, por lo que es ociosa.

Dentro de la averiguación previa, el Ministerio Público actúa en la investigación de los delitos como autoridad y por tal motivo, si se restringen derechos en forma ilegal a los gobernados, procede el juicio de amparo; no obstante, es improcedente el juicio de amparo, cuando el Ministerio Público en el desarrollo de sus investigaciones no afecta los derechos de particulares, ya que en esos casos se considera que el Ministerio Público actúa conforme a la Constitución.

Sirva de apoyo el siguiente criterio de la Corte:

"AVERIGUACIONES PENALES. La simple iniciación del proceso y las demás

diligencias practicadas en la averiguación de un delito, si no restringen la libertad, derecho o posesiones de los acusados, no pueden importar una violación de garantías."(162)

El ejercicio de la acción penal. El ejercicio de esta acción le corresponde como ha quedado expresado, al Ministerio Público, la cual se ejercitará ante el juez penal mediante la consignación de las constancias; a partir de ese momento el Ministerio Público asume la categoría de parte y no de autoridad, en donde se le reconocen facultades para que continúe la persecución del delito a través del proceso, en el que deberá asumir una posición activa como parte acusadora, ofreciendo pruebas para el efecto de que se verifique tanto la probable responsabilidad como los elementos del tipo penal. Es bajo esta óptica que el Ministerio Público debe de formular sus conclusiones.

Las atribuciones del Ministerio Público al ejercitar acción penal, se encuentran determinadas en el artículo 102 constitucional, apartado A, segundo párrafo, que establece:

"(...)

Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculcados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplica

(162) Jurisprudencia que se integra con las siguientes sentencias de amparo: la visible en el tomo IV, pág. 1,017, Gil Romero de Koyashi Ma.; la visible en el tomo VII, pág. 862, Mayorga, Mariano A.; la visible en el tomo VIII, pág. 856, Domínguez, José R.; la visible en el tomo XVI, pág. 1,285, Pérez, Modesto y coags.; la visible en el tomo LXXII, pág. 6,512, Gómez, Trinidad. Quinta Época. Citado en MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Op. cit., p. 94.

ción de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine.

(...)"

El proceso penal tiene como presupuesto, el que se haya ejercitado la acción penal ante el juez, entonces, si ésta no se ejercita, no se podrá iniciar el mismo, y en caso de que así sea, será inconstitucional la sentencia que se dicte.

Así lo ha sostenido la Corte en la siguiente jurisprudencia:

"ACCION PENAL. Su ejercicio corresponde exclusivamente al Ministerio Público; de manera que, cuando él no ejerce esa acción, no hay base para el procedimiento; y la sentencia que se dicte sin que tal acción se haya ejercido por el Ministerio Público, importa una violación de las garantías consagradas en el artículo 21 constitucional"(163)

Obligatoriedad de la acción penal. La citada acción, de acuerdo con el texto constitucional, incumbe al Ministerio Público, a quien corresponde la persecución de los delitos (lo que debe de ser apreciado como una obligación), de lo que podemos establecer que si no están comprobados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, entonces carece de facultades para ejercitar la acción penal en contra de un gobernado, pero no por que sea potestativo, sino por no existir los elementos necesarios.

En este aspecto señala Guillermo Colín Sánchez:

"(...) la acción penal es obligatoria, siempre y cuando haya razones fundadas para suponer que una persona es responsable de un delito (art. 16 constitucional); por eso es constante y a nadie extraña, que

(163) Visible en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975, segunda parte, Primera Sala, tesis 6, pág. 13. Citada en MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Op. cit., p. 90.

el Ministerio Público mande archivar el expediente formado en una averiguación, sin consignar el caso a un juez, cuando no encuentre méritos para hacerlo; con ello no hace declaración del derecho, simplemente se abstiene de perseguir a una persona en contra de quien no existen méritos suficientes."(164)

Siendo obligatoria la acción penal, entonces siempre que estén comprobados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, deberá ejercitarse la misma. En relación con lo anterior, hay que agregar, que existen casos en que no se ejercita la acción en cuestión habiendo elementos, sin que al efecto se pueda hacer mucho legalmente hablando, ya que "(...) no existen verdaderos medios de control para estos casos, como en otros países, en donde se ha establecido el concurso subsidiario de particulares, la ingerencia de los sindicatos o la intervención señalada por el Código Francés al Tribunal de Apelación (para intervenir de oficio), supliendo al Ministerio Público cuando este manifieste inactividad o falta de interés; la única vía que se puede intentar es la de acudir en queja al Procurador; pero esto en la práctica presenta serios inconvenientes, porque aun en el caso de que el particular logrará entrevistarle, si aquél insistiera en apoyar un acto arbitrario, nada remediaría."(165)

Incluso "(...) contra la resolución por medio de la cual decide ejercitar o dejar de ejercitar la acción penal, el amparo es improcedente, como lo ha determinado la Suprema Corte de Justicia en jurisprudencia, en la que sostiene su criterio manifestando que dentro de la averiguación previa y al momento de ejercitar la acción penal (lo que generalmente implica el fin de la averiguación previa), el Ministerio

(164) COLIN SANCHEZ, Guillermo. Op. cit., p. 253.

(165) Op. cit., p. 288.

Público "tiene el carácter de parte y no de autoridad, y por lo mismo, contra sus actos, en tales casos, es improcedente el juicio de garantías, y por la misma razón, cuando se niega a ejercer la acción penal." (Tesis 82, de la Novena Parte al Ap. 1917-1985, intitulada "MINISTERIO PÚBLICO")."(166)

Tomando en cuenta lo expuesto, es de recomendarse se implemente un verdadero control del Ministerio Público al momento de no ejercitar la acción penal, para evitar abusos o en su caso dar procedencia al juicio de amparo.(167)

Por otra parte, consideramos que ya ejercitada la acción penal, no debe de ser objeto de desistimientos, en virtud de que se daría por terminado el proceso penal, absolviendo de la responsabilidad al inculpa-do, sin dictarse sentencia. Sin embargo, como se desprende de los artículos 315, 320, 321 y 323 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, así como los artículos 291, 294 y 295 del Código Federal de Procedimientos Penales, con la abstención de las conclusiones o conclusiones no acusatorias de parte del Ministerio Público (lo que implica un desistimiento de la acción penal), se evita llegar a la sentencia definitiva a través del auto de sobreseimiento, misma que equivale a una sentencia absolutoria.

Con relación a lo expuesto, agrega el maestro Guillermo Colín Sánchez:

"Es aberrante y hasta sospechoso que, el Ministerio Público en

(166) CASTILLO DEL VALLE, Alberto Del. Garantías.... Op. cit., pp. 47 y 48.

(167) El jurista Juventino V. Castro considera que debe darse procedencia al juicio de amparo para no dejar desprotegido al ofendido en el delito en lo que concierne a sus derechos, cuando el Ministerio Público se niega a cumplir con sus obligaciones constitucionales. Cfr. CASTRO V., Juventino. Op. cit., p. 179 y 180.

nuestro medio pueda desistirse de la acción penal y haciendo gala, descarada, inaudita e inenarrable invada funciones jurisdiccionales, puesto que, con el desistimiento está resolviendo el proceso. Estos excesos no terminan con lo hasta aquí anotado, llegan a extremos inconcebibles; como el desistimiento de la acción, dado nuestros lineamientos legales, produce efectos de sentencia absolutoria; en consecuencia, si es el acusador quien se está desistiendo, de hecho está absolviendo, de manera tal que, por una parte, en el ejercicio de la función de policía judicial dispone en lo absoluto de la acción penal, a grado tal de no ejercitarla, y cuando sí lo hace puede convertirse en el factotum de la relación jurídico procesal desistiendo de su acción.

(...) Por otra parte, la formulación de conclusiones no acusatorias también equivale a lo mismo: es decir, a disponer de la acción penal a su arbitrio, pues si falta la acusación, como está implementado jurídicamente que también esto conduce al sobreseimiento del proceso y por ende a que se dicte una resolución que, a fin de cuentas, también produce los efectos de una sentencia absolutoria y como ésta no es recurrible, al ofendido y víctimas del delito no les queda más que resignarse a la negra suerte que el destino les ha deparado, sólo como actores infaustos del drama procesal, sino como sujetos arrumbados en el laberinto de la indiferencia legal misma que, entre otras causas, acrecienta la desconfianza social en el gobierno en turno y da origen a la venganza privada."(168)

La denuncia y la querrela como requisitos de procedibilidad para la acción penal. El segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución señala que para que se gire la orden de aprehensión, es necesario que

preceda denuncia o querrela, lo que indica que para consignar al juez, el Ministerio Público, debió haber cumplidos con estos elementos. La anterior circunstancia, revela que para que proceda la acción penal, es necesario que existan la denuncia y la querrela.

De lo expuesto se desprende que sin estos requisitos es improcedente un proceso.

La denuncia no representa ningún inconveniente, ya que cualquier persona la puede presentar. Pero la situación cambia tratándose de la querrela, ya que tiene que ser el ofendido quien la presente o bien su representante con facultades legales para hacerlo. Sin la querrela no se puede hablar de que exista la acción penal, y como consecuencia de ello, el juicio que se lleve será inconstitucional.

La coadyuvancia del ofendido. Dado el sistema procesal en que se encuentra inmerso el derecho mexicano, en donde existe un órgano acusador con facultades expresamente determinadas (incluso se habla de monopolio de la acción penal), no puede concebirse al ofendido como parte en el proceso penal, ya que este no constituye parte en el proceso y no tiene facultades de investigación y persecución de los delitos. En este aspecto, y para dar ingerencia al ofendido en forma indirecta al proceso penal, se estableció en el artículo 20 último párrafo constitucional, que el ofendido tiene derecho de coadyuvar con el Ministerio Público; esta facultad expresamente limitada, impide al ofendido a ocurrir directamente ante el órgano jurisdiccional, para defender sus derechos, ya que como quedó expresado, la coadyuvancia se limita al Ministerio Público.

Todo lo anterior, nos permite afirmar que mientras no se le dé ingerencia directa al ofendido en el proceso penal por disposición constitucional, no se le debe de dar la calidad de parte en el

proceso penal. En este orden de ideas, son inconstitucionales los artículos 141 fracción V del Código Federal de Procedimientos Penales y 9 y 70 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, por dar intervención directa al ofendido en el proceso. Con respecto estos artículos nos dice el maestro Jorge Alberto Mancilla Ovando:

"Los preceptos en análisis brindan al ofendido, o en su caso, la víctima del delito, la facultad de aportar pruebas en el juicio penal para acreditar que la conducta es delito en ley y la responsabilidad penal del inculgado.

Otras atribuciones procesales que se les otorgan a la víctima u ofendido por el delito, es alegar por sí o por conducto del representante legal en las audiencias, con las mismas facultades del defensor del procesado.

Ambos supuestos son contrarios a la Carta Magna. Obsérvese: El artículo 21 Constitucional, establece el monopolio de la acción penal, por el Ministerio Público; el mismo precepto, prevé la atribución de la autoridad judicial para juzgar de la acusación y de la defensa; y, los artículos 14 y 20-IX de la Constitución establecen el derecho de defensa del procesado.

Significa, que las partes en el juicio son el Ministerio Público y el procesado.

De manera que, cuando las pruebas las aporta el ofendido o la víctima del delito, no son pruebas ofrecidas por parte legítima. De tal forma, no se deben admitir y desahogar como pruebas en el juicio, y carecen de todo valor probatorio.

En el mismo sentido, debe tenerse a los alegatos que formule la víctima u ofendido del delito, los cuales carecen de trascendencia

jurídica por ser vertidos, por quien no tiene la facultad constitucional de comparecer en el juicio.

En los actos procesales que se describen cuando el juzgador tenga por probado el delito y la responsabilidad penal del inculcado, con las probanzas del ofendido o víctima del ilícito penal, la defensa es constitucional.

Como violación procesal que trasciende al resultado del fallo, en el juicio de amparo directo, debe de plantearse la inconstitucionalidad de los artículos 141- V del Código de Procedimientos Penales de la Federación; y, 9 y 70 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Así mismo, debe reclamarse la ilegalidad de la sentencia, al tener por probado el delito y la responsabilidad penal mediante la actuación de quien no es parte legítima.

Con ello se obtendrá la absolución del inculcado, porque al no ser pruebas legales las aportadas por el ofendido o la víctima del delito al juicio penal, constitucionalmente no se acredita el delito y la responsabilidad."(169)

La policía Judicial. La segunda parte del párrafo primero del artículo 21 de la Constitución señala que " (...) la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual; se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato."

Como se indica en el párrafo en estudio, el representante social se auxiliará con una policía, misma que hasta antes de la reforma del Diario Oficial del 3 de julio de 1996, se le denominaba Policía Judicial. Dicha policía debe de actuar en forma condicionada en la investigación de los

delitos por el Ministerio Público, es decir, no debe de actuar de "motu proprio", con lo que se confirma que quien realmente investiga es el Ministerio Público.

4.6 ANALISIS DEL ARTICULO 22 CONSTITUCIONAL

Señala el artículo 22 constitucional:

"Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos y multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso del enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.

Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar."

Análisis de la garantía contenida en el primer párrafo del artículo 22 constitucional. En este párrafo se indica la prohibición de imponer

las siguientes penas:

a) La mutilación. Es el "(...) cercenamiento de algún miembro del cuerpo humano por la comisión de un delito"(170)

b) La infamia. Es el "(...) deshonor, el desprestigio público." (171)

c) La marca.

d) Los azotes.

e) Los palos.

f) El tormento de cualquier especie. En este apartado se abarcan las tres sanciones anteriores, así como cualquier otro medio que produzca dolor sobre el compurgado, ya sea físico o moral.

g) La multa excesiva. Es la "(...) sanción pecuniaria que está en desproporción con las posibilidades económicas del multado.

(...) La Suprema Corte, al través de su Sala Auxiliar, ha considerado que para determinar cuándo una multa impuesta por autoridades administrativas es excesiva, se debe tomar en cuenta la gravedad de la infracción que la motive, los perjuicios ocasionados a la colectividad, la reincidencia en la comisión del hecho infractor y la capacidad económica de la persona multada. (Informe de 1970, pág. 105.)"(172)

h) La confiscación de bienes. Es el "(...) apoderamiento de todos los bienes de una persona por parte del Estado.

(...) En virtud de que esta pena tiene carácter trascendente, ya que afecta a personas distintas del sujeto que cometió el acto ilegal, como son sus familiares, ha sido criticada y abolida en casi todos los sistemas jurídicos, siendo España la primera en derogarla en su Constitu

(170) BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Op. cit., p. 662.

(171) Ibidem.

(172) Ibidem.

las siguientes penas:

a) La mutilación. Es el "(...) cercenamiento de algún miembro del cuerpo humano por la comisión de un delito"(170)

b) La infamia. Es el "(...) deshonor, el desprestigio público." (171)

c) La marca.

d) Los azotes.

e) Los palos.

f) El tormento de cualquier especie. En este apartado se abarcan las tres sanciones anteriores, así como cualquier otro medio que produzca dolor sobre el compurgado, ya sea físico o moral.

g) La multa excesiva. Es la "(...) sanción pecuniaria que está en desproporción con las posibilidades económicas del multado.

(...) La Suprema Corte, al través de su Sala Auxiliar, ha considerado que para determinar cuándo una multa impuesta por autoridades administrativas es excesiva, se debe tomar en cuenta la gravedad de la infracción que la motive, los perjuicios ocasionados a la colectividad, la reincidencia en la comisión del hecho infractor y la capacidad económica de la persona multada. (Informe de 1970, pág. 105.)"(172)

h) La confiscación de bienes. Es el "(...) apoderamiento de todos los bienes de una persona por parte del Estado.

(...) En virtud de que esta pena tiene carácter trascendente, ya que afecta a personas distintas del sujeto que cometió el acto ilegal, como son sus familiares, ha sido criticada y abolida en casi todos los sistemas jurídicos, siendo España la primera en derogarla en su Constitu

(170) BURGEOA ORIHUELA, Ignacio. Op. cit., p. 662.

(171) Ibidem.

(172) Ibidem.

ción de 1827."(173)

i) Las penas inusitadas. Es aquella "(...) sanción que no está consagrada por la ley para un hecho delictivo determinado. En otras palabras, una pena inusitada desde el punto de vista del artículo 22 constitucional, es cuando su imposición no obedece a la aplicación de una norma que la contenga, sino al arbitrio de la autoridad que realiza el acto impositivo. Consiguientemente, la prohibición constitucional que versa sobre las penas inusitadas confirma el principio de nulla poena sine lege consagrado en el artículo 14 de nuestra Ley Suprema."(174)

j) Las penas trascendentales. Son aquellas penas que van más allá del propio sentenciado, abarcando a personas que no tuvieron participación en el ilícito y que desde luego no tuvieron injerencia en el proceso en que se impuso la pena.

La prohibición de las penas antes señaladas, va dirigida en forma directa al legislador, por ser quien crea las leyes y en forma indirecta al juzgador, por ser quien las aplica.

Análisis del párrafo segundo del artículo 22 constitucional. En este párrafo se indican sanciones económicas que a criterio del constituyente no son confiscaciones y que por tanto están permitidas. Así, de acuerdo con el texto en estudio, no se consideran como confiscaciones los siguientes casos:

a) La aplicación parcial o total de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil que derive de la comisión de un ilícito penal. Consideramos que en este caso se abarca no sólo al sentenciado, sino incluso a los terceros obligados

(173) DELGADILLO GUTIERREZ, Luis H. y LUCERO ESPINOZA, Manuel. Elementos de Derecho Administrativo 2o Curso, primera edición, Editorial LIMUSA, México 1989, p. 110.

(174) BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Op. cit., p. 661.

a la reparación del daño, mismos que se indican en el artículo 22 del Código Penal Federal.

b) La aplicación de bienes de un gobernado para el pago de impuestos y multas.

c) El decomiso (175) de los bienes ordenado por autoridad judicial, en el caso de enriquecimiento ilícito de los servidores públicos. En relación con lo expuesto, establece el artículo 109 penúltimo párrafo de la Constitución:

"Las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten substancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. Las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan."

Como se desprende del artículo citado, encontramos dos obligaciones a cargo del legislador:

1.- Crear el delito de enriquecimiento ilícito (actualmente regulado en el artículo 224 del Código Penal).

2.- Señalar como parte de la sanción del delito de enriquecimiento ilícito, el decomiso de los bienes objeto de la infracción penal.

d) El decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos

(175) "El decomiso, doctrinalmente se le denomina comiso, constituye una sanción establecida en la ley que tiene por efecto privar al particular de los bienes que componen el objeto de una infracción. En materia penal es la pérdida de los bienes con los cuales se cometió un delito, o de los que son objeto del mismo." Delgadillo Gutiérrez, Luis H. y Lucero Espinoza, Manuel. Op. cit., p. 110. Los artículos 40 y 41 del Código Penal Federal regulan esta figura jurídica.

de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes. Esta parte del precepto, la consideramos obscura en su redacción; sin embargo, pensamos que se refiere a que en delitos de los considerados como de delincuencia organizada, procede el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, cuando éste no acredite su adquisición legal.

Por otra parte, tomando en cuenta que el concepto de delincuencia organizada y los delitos que comprende, se encuentran definidos en los códigos procesales penales (por ser hasta ahora una institución procesal), ahora se deberá trasladar la misma a los códigos penales, para los efectos de este artículo, en razón de que este concepto ahora está íntimamente unido a las sanciones, en este caso al decomiso, y por lo mismo, participa de su naturaleza sustantiva, por lo que deberá adicionarse el código de la materia.

En las hipótesis señaladas, el constituyente da gran importancia al bien jurídicamente afectado por las infracciones, por lo cual permite que se prive incluso de todos sus bienes al sentenciado, en unos casos para reparar el daño y en otros como simple sanción.

Análisis del último párrafo del artículo 22 constitucional. Del párrafo en estudio, no obstante su mala redacción, se puede concluir sin duda, que la pena de muerte se encuentra en principio prohibida y sólo por excepción se podrá aplicar. En efecto, el párrafo en comento señala que no se impondrá pena de muerte por delitos políticos, y después se indican los casos en que exclusivamente se impondrá la pena en cuestión, con lo cual, se hace una exclusión para su aplicación en todos los demás delitos que no sean los señalados.

El sentido de la prohibición, hace irrelevante el que se incluyan los delitos políticos en el texto constitucional, ya que en realidad ésta es amplia.

La prohibición en estudio, por su propia naturaleza, va dirigida en primer lugar a los legisladores, por ser estos los creadores de las leyes; y en un segundo término, al poder judicial, por ser este quien las aplica.

Cuando la redacción del texto en estudio indica que la pena de muerte se podrá imponer al "traidor", el "parricida", etc..., se está dando como presupuesto, la existencia de los delitos a partir de los cuales se califique al sujeto activo como lo hace el precepto en análisis. Así cuando el precepto indica que se podrá imponer la pena de muerte al "traidor", en realidad se refiere a que se permite la pena en cuestión, al responsable por el delito de traición.

Tomando como base lo expuesto, el precepto en estudio permite la pena de muerte en los siguientes delitos:

a) Traición a la Patria en guerra extranjera. El Código Penal Federal en el artículo 123, nos señala el tipo básico de traición a la patria, y en su fracción XV, está lo que consideramos que sería el delito que en particular señala este inciso.

b) El parricidio. El Código Penal Federal en el artículo 323 tutela esta figura jurídica.

c) El homicidio con alevosía, premeditación o ventaja. El homicidio y las agravantes que se indican se explican en los artículos 302, 315, 316 y 319 del Código Penal Federal.

d) El incendio. No constituye un delito autónomo, pero constituye una de las hipótesis en las que se considera que hay premeditación, tanto en

el homicidio y las lesiones.

e) El plagio. El Código Penal Federal en el artículo 366 lo señala.

f) El asalto en caminos. No lo encontramos como un delito específico en el Código Penal Federal, pero, se puede encuadrar dentro de diversas hipótesis del robo.

g) La piratería. El Código Penal Federal en el artículo 146 da los tipos básicos de este delito.

h) En los delitos graves del orden militar. El Código de Justicia Militar deberá indicar cuáles son los delitos graves.

Cabe señalar que la pena de muerte, no obstante estar permitida por la Constitución, no se ha establecido por las distintas legislaturas para ningún delito, excepción hecha del Código de Justicia Militar, el cual si lo permite.

4.7 ANALISIS DEL ARTICULO 23 CONSTITUCIONAL

Señala el artículo 23 constitucional:

"Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia."

El precepto en estudio contiene las siguientes garantías:

a) Ningún juicio debe de tener más de tres instancias. Para comprender mejor esta garantía, debemos explicar lo que es una instancia. Así, Ignacio Burgoa señala que la instancia es:

"(...) un conjunto de actos procesales, que se inicia en el momento en que la acción se ejercita y que concluye cuando el órgano jurisdic

cional pronuncia la resolución que decide la cuestión planteada en la litis por el actor y el demandado. La sentencia que establece dicha decisión, es pues, el acto culminatorio de una instancia procesal."(176) La segunda instancia, se abre cuando se impugna la primera. No se erige como un nuevo juicio, sino sólo como un estadio o fase del mismo. "Para que pueda hablarse de una segunda o tercera instancia (que surge en caso de que la resolución confirmatoria, modificativa o revocatoria de la decisión de primera instancia sea a su vez impugnada mediante algún recurso ordinario), es necesario observar si en el procedimiento que se desarrolla a consecuencia de la interposición del recurso, se conservan los elementos y objetivos esenciales del primer o segundo proceso en sus respectivos casos, principalmente en lo que respecta a los términos de la litis contestatio. En efecto, cuando se interpone el recurso ordinario en contra de la sentencia que pone fin al primer procedimiento (primera instancia), la secuela procesal que surge como consecuencia de la interposición de aquél, tiene como objetivo revisar la resolución impugnada mediante la solución del debate o litis planteada inicial u originalmente, por lo que los sujetos procesales, con excepción del órgano jurisdiccional, son los mismos (actor y demandado). "La segunda o tercera instancia, en sus correspondientes casos, no son juicios nuevos, distintos del procedimiento primero o primera instancia, sino estadios de un sólo proceso, el cual conserva en éstos sus elementos subjetivos (actor y demandado) y teleológicos esenciales (solución del debate o litis planteados originalmente)."(177)

Comprendido lo anterior, la garantía que nos ocupa, limita a tres instancias el juicio, a partir de lo cual necesariamente deberá de

(176) BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Op. cit., p. 665 y 666.

(177) Op. cit., p. 666.

dictarse sentencia.

Es importante destacar, que no debe de incluirse como instancia al juicio de amparo, debido a que este constituye un proceso independiente, en donde se debaten cuestiones diferentes al juicio de origen y las partes que lo integran tampoco se identifican.

Se considera contingencia, que esta garantía se encuentra íntimamente ligada con la garantía de brevedad de los procesos penales, ya que no permite que los juicios se prolonguen indefinidamente.

Por otra parte, estimamos que debieran limitarse a dos las instancias del enjuiciamiento penal. En efecto, a nuestro parecer es excesivo permitir tres instancias por las siguientes razones:

1.- Porque difícilmente se lograrían cumplir los plazos que establece la Constitución.

2.- En virtud de que ha sido un criterio generalizado, que en un juicio, bastan dos instancias para resolver una controversia con toda oportunidad.

3.- Debido a que es excesivo el trámite burocrático y el costo que genera.

b) Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que se le absuelva o se le condene. Como esta garantía establece que nadie puede ser juzgado dos veces, es menester que se explique lo que significa ser "juzgado".

En relación a este tema, la Corte ha sostenido:

"ARTICULO 23 CONSTITUCIONAL. La garantía concedida por el artículo 23 constitucional implica que fenecido un juicio por sentencia ejecutoriada, no se podrá intentar de nuevo la acción criminal por el mismo delito y contra la misma persona, ya sea que el fallo correspondiente absuelva o

condena al reo; de modo que sólo existe la transgresión del repetido artículo 23 constitucional en el caso de que se haya dictado sentencia irrevocable, pero si tal sentencia no se dictó, nada impide que se abra de nuevo proceso, en donde se dicte resolución firme."

Tesis de Jurisprudencia Definida 135, Apéndice 1917-1954, pag. 303.

Como se desprende del anterior criterio, cuando se hable de ser "juzgado", se está refiriendo a que el juicio haya causado estado, es decir que sea irrevocable.

De acuerdo con lo expuesto, cuando se hable de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, se está refiriendo a que si ya se dictó sentencia ejecutoria en un primer juicio, ya no se le puede volver a juzgar, por constituir el asunto cosa juzgada.

Por otro lado, no se puede considerar que se viola la garantía en estudio, cuando habiendo sido juzgado en un primer juicio por una autoridad incompetente, se le juzgue en fecha posterior por la competente.

Así lo ha estimado la Corte en las siguientes ejecutorias:

"NON BIS IN IDEM, CASOS EN QUE NO OPERA EL PRINCIPIO. La Constitución establece que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, consagrando así el antiguo principio non bis in idem; mas ello debe entenderse de acuerdo con el régimen federal marcado por la propia Ley Fundamental, la cual señala a los Estados miembros las facultades no conferidas en forma expresa a la Federación; por ende, la cosa juzgada sólo puede operar cuando se pronuncia por una entidad federativa, o por la autoridad judicial federal competente, una resolución irrevocable; pero si la sentencia definitiva dictada por un Estado adolece de nulidad, no existe impedimento alguno para que los Tribunales Federales competen

tes, juzguen al inculpaado. Ya esta Suprema Corte de Justicia ha expresado que si bien la Constitución previene que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, esto se entiende cuando el primer juicio es válido y no anticonstitucional y nulo, porque en este caso hay que volver las cosas al estado que guardaban antes de la violación constitucional, quedando expedita la jurisdicción del juez competente para hacer la reposición del proceso."

Ejecutoria visible en el volumen LXI, segunda parte, pág. 33, bajo el rubro: Amparo directo 7516/60, Javier Gómez Domínguez, 27 de julio de 1962.

"NON BIS IN IDEM. Si una autoridad local conoce de un delito federal y pronuncia resolución, no por ello debe considerarse que un tribunal federal está imposibilitado para juzgar a la persona a quien se imputa el hecho delictivo correspondiente, porque entonces no existe cosa juzgada para la jurisdicción federal, ni menos un derecho individual público derivado de ella en favor de un procesado, toda vez que el derecho local, así como los actos de las autoridades de las entidades federativas apoyadas en éste, no pueden impedir en ningún caso, que los Poderes de la Unión ejerzan sus atribuciones constitucionales; además, porque tampoco puede existir cuando la resolución dictada está viciada de invalidez o nulidad por haber emanado de un tribunal constitucionalmente incompetente para ello."

Semanario Judicial de la Federación, Volumen LXIX, Segunda Parte, Primera Sala, pág. 16

Elementos del NON BIS IN IDEM. Para poder precisar si una causa penal se está repitiendo, es necesario identificar los siguientes elementos:

1.- Identidad de persona. "Entre dos causas penales que se pretende

identificar para los efectos de la garantía de Non Bis in Idem, debe existir, en primer lugar, una coincidencia subjetiva: el procesado en ambas causas debe de ser la misma persona. Carecerá de importancia que, en los diversos procesos, se designe a esa misma persona con otro nombre."(178)

2.- Identidad del hecho delictuoso. El hecho ilícito debe de ser el mismo, no importando que se le clasifique legalmente en forma distinta en diversos juicios. "El artículo 23 constitucional, al mencionar el mismo delito, por el cual nadie puede ser juzgado dos veces, se refiere a la conducta, y no a su nombre jurídico; al acto o actividad que se atribuye al acusado, y no al tipo penal en el cual se le clasifica. La doctrina es unánime."(179)

Sirven de apoyo a lo expuesto, las siguientes ejecutorias:

"AUTO DE FORMAL PRISION. (CLASIFICACION DEL DELITO). El error cometido en la clasificación del delito, al dictarse la formal prisión, no es fundamento legal para conceder el amparo contra el auto que le decretó; y con ello no se viola la garantía que consagra el artículo 19 constitucional, ya que, si bien éste previene que el proceso se seguirá por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión, la connotación de la palabra delito que utiliza el artículo 19 constitucional, no es la del concepto jurídico, sino que debe referirse al conjunto de circunstancias del lugar, tiempo y modo de ejecución, y los datos que origine la averiguación previa; el artículo 23 de la Constitución Federal, al establecer que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, aclara el sentido de ese propio vocablo, pues sería absurdo que con sólo variar la clasificación jurídica de los hechos, se pudiera

(178) ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. cit., p. 365.

(179) Op. cit., p. 368.

juzgar indefinidamente a un mismo procesado, absurdo que se evita con atender a que los hechos son los que deben ser contemplados para no juzgar dos veces a la persona que los ejecute"

Ejecutoria visible en el tomo XCIX, pág. 189, bajo el rubro: Amparo penal en revisión 9316/46, Cruz Ramirez, José y coags., 19 de enero de 1949.

"La prohibición del artículo 23 constitucional se refiere a los hechos constitutivos del delito motivo del proceso, no a su clasificación jurídica"

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca, Tomo XXXII, pág. 2081.

Problemática que se presenta en el concurso ideal y la reincidencia, en relación con la garantía NON BIS IN IDEM. Con respecto a estos temas nos indica Jesús Zamora Pierce:

"(...) el incremento de punición o la consideración punitiva del concurso ideal como pluralidad de delitos (es decir, el riesgo de computar las violaciones normativas como otros tantos delitos, pasando por alto la base de un único supuesto fáctico), bordea la violación del principio non bis in idem. Así, el artículo 64. C. P. conforme al cual, en caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración, puede afectar dicho principio, porque, en definitiva, impone al inculpado dos o más penas por un único hecho.

También debemos reflexionar acerca de si no constituyen violaciones al principio del non bis in idem las consecuencias más garbosas de un delito que no surgen del delito mismo, sino de haber cometido otros delitos y haberse registrado alguna intervención del sistema penal con

motivo del delito anterior: es decir, con motivo de previas incriminaciones. Tales son los casos de la reincidencia y la habitualidad. Es indudable que estas referencias a anteriores delitos conducen a un plus de punición que, sin duda, tiene por causa un delito anterior ya juzgado."(180)

En atención a lo expuesto por el distinguido jurista, consideramos que debe de modificarse la Constitución para especificar como excepción a la garantía que nos ocupa, tanto al concurso ideal, como a la reincidencia.

El problema de la múltiple naturaleza de un supuesto jurídico. Puede haber ocasiones en que una conducta sea sancionada por varios dispositivos jurídicos de distinta naturaleza. Así, puede darse el caso de que se sancione administrativamente y penalmente a un individuo, por la misma conducta. Esta situación no vulnera la garantía non bis in idem, en razón de que no tutelan la misma materia, aun cuando sea la misma conducta. En efecto, cada dispositivo legal, tiene su propia función y no buscan los mismos fines. Así, en el proceso penal "(...) se busca imponer una pena corporal, en tanto que el administrativo concluye con una sanción económica. Quien ha sido condenado en un proceso administrativo, no ha sufrido prisión preventiva, ni se le ha impuesto una pena corporal, ni, en consecuencia, podría ampararse en la garantía de non bis in idem si, posteriormente, se pretendiera someterlo a proceso penal por los mismos hechos."(181)

La garantía en estudio se reitera en el artículo 109 constitucional, tratándose de los servidores públicos, cuando hace alusión a la responsabilidad penal y la administrativa, cuando señala:

(180) Op. cit., pp- 369, 370 y 371.

(181) Op. cit., p- 386.

"(...)

Los procedimientos para la aplicación de las sanciones mencionadas se desarrollarán autónomamente. No podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza."

c) Queda prohibido absolver de la instancia. "La absolución de la instancia es un fenómeno que consiste en que un proceso penal determinado no concluye con una sentencia absolutoria o condenatoria, fuera de las hipótesis apuntadas, sino que queda en suspenso mientras no aparezcan nuevos elementos para continuarlo." (182)

La absolución de la instancia, ha sido generalmente dotada por la doctrina (183) con las características de interrupción del proceso, de no declaratoria de inocencia o condenación al procesado, y la reapertura del mismo en fecha posterior con más pruebas.

Entendida la prohibición de la absolución de la instancia, debemos concluir, que todo juicio que se inicie en contra de un gobernado, debe forzosamente terminar absolviendo o condenando a través de una sentencia.

"Hoy, 130 años después de la entrada en vigor de la Constitución de 1857, que abolió la práctica de absolver de la instancia, y 70 años después de que principió a regir la de 1917, que conservó la prohibición para evitar que pudieran reproducirse los abusos que dieron origen al citado precepto, la absolución de la instancia continúa practicándose, tanto en el procedimiento penal federal (arts. 167 y 426, CFPP) como el del Distrito Federal (arts. 302 y 551, CPPDF) en los casos en que se dicte auto de libertad por falta de elementos para procesar, o bien se resuelva la libertad por desvanecimiento de los datos señalados en el

(182) BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Op. cit. p. 669.

(183) Cfr. ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. cit., p. 399 a 404; MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Op. cit., p. 231.

auto de formal prisión, para tener al detenido como presunto responsable. En ambos casos, la resolución judicial no impide que posteriormente, con fundamento en otras pruebas, se proceda de nuevo en contra del indiciado."(184)

En unión a lo expuesto, consideramos que los artículos 142 del Código Federal de Procedimientos Penales y 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, gozan de inconstitucionalidad en razón de que permiten que se realicen investigaciones, estando suspendido un proceso, para que posteriormente continúe con las pruebas aportadas por el Ministerio Público.

CONCLUSIONES

1.- Debe ser reformada la Constitución en su artículo 20 fracción III, para el efecto de que antes de que sea recluido un individuo en la prisión preventiva, sea llevado ante el juez de la causa para que se le informe del cargo que se le imputa y se le reciba su declaración. En caso de que esto no sea posible, tal declaración deberá recibirla dentro de las 24 horas siguientes.

La anterior propuesta tiene como soporte, en primer lugar, el hecho de que históricamente se plasmó desde la Constitución de Cádiz; y segundo lugar, en virtud de que es excesivo el plazo que actualmente se tiene, que es de 48 horas. En este aspecto hay que agregar, que un lapso tan grande para instruir del cargo y recibir la declaración del inculcado, produce en este un estado de incertidumbre, con la consiguiente aflicción emocional.

2.- Debe crearse un precepto que señale las sanciones por violación a las formalidades del procedimiento penal establecido por la Constitución, lo que significaría establecer los casos en que procede su nulidad.

Esta propuesta tiene como base el hecho de que existen varias garantías que disponen ciertas formalidades que, sin embargo, no señalan una sanción a la violación de las mismas, lo que trae como consecuencia que la Corte o las diversas legislaturas en ocasiones no señalen sanción al incumplimiento de dichas formalidades, dejando subsistente la violación a dichas garantías. Lo mejor es que la propia Carta Magna regule los efectos de las violaciones a formalidades establecidas por ella misma.

Así por ejemplo, en el caso del cateo, la Constitución no indica la sanción en caso de incumplimiento de las formalidades del mismo, situa-

ción que sería recomendable, en virtud de que al no hacerlo, lo deja a la interpretación que hagan las legislaturas al regular esta figura jurídica, así como a la interpretación de la Corte, lo que en algunos casos puede ser desafortunado. Así las cosas, veamos por ejemplo lo que establece el artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales:

"Cuando en la averiguación previa el Ministerio Público estime necesaria la práctica de un cateo, acudirá a la autoridad judicial competente, o si no lo hubiere al del orden común, a solicitar por escrito la diligencia, expresando su objeto y necesidad, así como la ubicación del lugar a inspeccionar y persona o personas que han de localizarse o de aprehenderse, y los objetos que se buscan o han de asegurarse a lo que únicamente debe limitarse la diligencia.

Al concluirse el cateo se levantará acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad judicial que practique la diligencia.

Quando no se cumplan estos requisitos, la diligencia carecerá de todo valor probatorio, sin que sirva de excusa el consentimiento de los ocupantes del lugar."

Cualquier omisión determina la nulidad absoluta: falta de solicitud escrita, omisión de consideraciones sobre la necesidad del cateo, imprecisión del lugar, falta de acta o de testigos, etcétera.

No sucede lo mismo, en cambio, cuando se incumple lo estipulado en otros preceptos que no fueron abarcados por la reforma ni quedan aludidos por la parte final del artículo 61. Así, los referentes a horario para la práctica de cateos (artículos 64 y 65), realización de estos en ciertos edificios públicos (artículo 67) o en buques mercantes extranjeros (ar-

título 68), etcétera.

La referida parte final del artículo 61 priva al acto de valor probatorio. No le resta, en cambio, eficacia en otros órdenes, al punto que se deba reponer las cosas al estado que tenían antes del allanamiento. En tal virtud, si éste sirvió para cumplir una orden de aprehensión, la captura quedará firme.

Como ha quedado expresado, la nulidad decretada por el incumplimiento de ciertas formalidades en el cateo, deja fuera otros aspectos que debieran quedar incluidos. Desde nuestro punto de vista, toda violación en los cateos debe de considerarse suficiente para declararse la nulidad del mismo, dejándose las cosas en el estado en que se encontraban antes de la diligencia, es decir, dejar insubsistente el cateo practicado e incluso poner en libertad al inculcado. Por esta razón el precepto es incompleto y deja latentes violaciones procesales.

Por lo que toca a la legislación del Distrito Federal, no existe norma sancionadora para el incumplimiento a las formalidades de los cateos.

En lo que respecta a la Corte, esta a través de su interpretación ha hecho nugatorio el derecho a que se cumplan los requisitos del cateo.

Todo lo anterior, nos hace concluir que la garantía de los cateos no tiene protección.

De acuerdo con lo expuesto, quien debe de señalar los efectos del incumplimiento en las formalidades de los cateos, es la propia Constitución, ya que como ha quedado asentado, puede darse el caso de que se haga nugatoria la garantía constitucional que prohíbe los allanamientos ilegales.

Otro ejemplo de garantía que no indica sanción a una formalidad, es

el artículo 20 fracción octava, mismo que señala los términos para enjuiciar a los inculpados. En este aspecto, la Corte a señalado que la violación a la garantía de brevedad de los juicios por exceder los términos indicados para la duración de los procesos penales, produce las siguientes consecuencias:

a) Si no se ha dictado sentencia, que se dicte la misma, dándose oportunidad a que se ofrezcan las conclusiones.

b) Si se dictó sentencia fuera de los plazos señalados por la Constitución, el que se consume la violación en forma irreparable.

En el último caso señalado, la Corte a través de su interpretación, ha dejado latente la violación a la garantía citada, ya que indica, que si se dictó sentencia excediéndose los términos que señala la Constitución, se ha consumado de forma irreparable la violación. A lo anterior tenemos que agregar, que si basta que se dicte sentencia para que se consume la violación, de nada sirvió que se plasmara en la Constitución un término para la duración de los procesos penales. Consideramos que en caso de excederse los términos indicados por la Constitución, se debe de poner en inmediata libertad al inculpadado (así lo ha establecido la propia Constitución para otros casos en los arts. 16 y 19).

Esta norma al no señalar su sanción, hay que integrarla, para lo cual basta con referirnos al principio general de Derecho conforme al cual, los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público son nulos (art. 8o del Código Civil).

Luego entonces, los actos del juez que continúa un proceso penal más allá del límite marcado imperativamente por la Constitución, van contra el tenor de una ley prohibitiva y de interés público, y en consecuencia, son nulos y no deben producir efectos. Deben cesar el proceso y sus

consecuencias, especialmente la prisión preventiva.

No obstante lo expuesto, la Corte se rehúsa a aceptar las consecuencias obvias de la garantía de brevedad.

Así las cosas, para no caer en debates y se hagan interpretaciones indebidas, la propia Constitución debe de señalar las sanciones al incumplimiento de las garantías que señalan formalidades en el proceso penal. En este orden de ideas y dada la naturaleza y trascendencia de las garantías penales, independientemente de los demás efectos que se señalen, se deberá indicar como sanción a la violación de una garantía que contenga una formalidad, la nulidad absoluta.

3.- Debe establecerse como garantía del inculcado, que cuando sea detenido por el ejecutor de una orden de aprehensión, le sea leída la orden en cuestión.

Esta propuesta tiene como sustento, la circunstancia de que al inculcado no se le debe dejar en estado de inseguridad desde que es aprehendido hasta que se le informa de los cargos por el juez de la causa, en razón de que el acto de aseguramiento está consumado y en nada perjudica al proceso penal informarle de la orden en cuestión. El no hacerlo le causa incertidumbre.

4.- Debe reformarse la Constitución en el tercer párrafo del artículo 16, para fijar un término preciso para poner al detenido a disposición del juez, y así evitar un estado de inseguridad jurídica.

Esta propuesta tiene con base, el que el artículo en cuestión no señala término para que una persona que sea aprehendida sea puesta a disposición del juez penal, limitándose a establecer "sin dilación alguna", lo que permite que se realicen interpretaciones inconvenientes en perjuicio del inculcado; en efecto, lo que para algunos puede ser una

hora, para otros pueden ser cinco, máxime que en la práctica se argumenta frecuentemente "carga de trabajo" para retrasar los procedimientos. En este aspecto, para no dar pauta a interpretaciones de parte de la autoridad, no existe nada más seguro que fijar un término para que se le ponga a disposición del juez.

5.- Debe de ser reformada la Constitución en su artículo 16 párrafo noveno, para derogar la facultad que tiene la autoridad federal que determine la ley, para solicitar la intervención de las comunicaciones al juez e indicar que exclusivamente corresponde esta facultad al Ministerio Público.

La anterior propuesta tiene como razón de ser, que al no indicarse de cual autoridad federal se trata, se deja al legislador ordinario con facultades para indicar cual es, siendo a nuestro criterio una situación riesgosa, ya que la intervención en las comunicaciones es de naturaleza penal, y corresponde sólo a la institución del Ministerio Público en sus diversas especies la indagación de los ilícitos, y por ello, la petición de intervención en las comunicaciones. En efecto, siendo el Ministerio Público el encargado de la investigación de los delitos de acuerdo con el artículo 21 de la Constitución y en virtud de que la intervención de las comunicaciones es parte de la investigación de un delito o delitos, no puede dentro de nuestro sistema constitucional ninguna autoridad que no sea la indicada, el realizar dicha petición, pues se estaría tomando atribuciones que corresponden en forma exclusiva al Ministerio Público. Así por ejemplo, no podría el fisco federal o local solicitar la intervención en las comunicaciones de un contribuyente, por una supuesta evasión fiscal, ya que en todo caso, lo deberá de hacer del conocimiento del Ministerio Público Federal o local, quien a su vez deberá solicitar

al juez penal correspondiente, la intervención en las comunicaciones del contribuyente, a efecto de encontrar elementos probatorios que acrediten el delito de evasión fiscal. En el mismo tenor podemos enclavar a la orden de cateo, ya que es el Ministerio Público el único facultado para pedir dicha orden (por poseer el monopolio de la acción penal), y en el que también se realiza una intromisión en la intimidad de un gobernado, pero en lugar de ser en las comunicaciones, se hace en un inmueble. Asimismo el fin del cateo coincide con la intervención en las comunicaciones, en cuanto a que puede servir para recabar las pruebas en una investigación, lo que necesariamente nos indica la naturaleza penal de ambas instituciones.

6.- Se debe de agregar como garantía del ofendido, el derecho a recibir protección de las represalias del sujeto activo del delito.

Esta propuesta tiene sustento, en que es frecuente la agresión del sujeto activo del delito, en contra de los ofendidos, por haber presentado la denuncia o querrela; ante esta situación, se debe proteger su integridad física y moral. En este aspecto, hay que dejar asentado que el Estado debe proporcionar al ofendido un mínimo de seguridad.

Los derechos a cargo del ofendido deberán ser señalados por un dispositivo jurídico que se cree especialmente para estas cuestiones. Dentro de dicho dispositivo, se podrá establecer que de acuerdo a la naturaleza del delito, se podrá dar protección al ofendido en su domicilio y trabajo; en caso de ser necesario, el cambio de su residencia e incluso de identidad, etc.

7.- Debe darse procedencia al Juicio de Amparo a favor del ofendido, cuando el Ministerio Público no ejercite la acción penal.

Esta propuesta tiene razón de ser, en primer lugar, en virtud de que

el ofendido goza de un derecho a la reparación del daño; y en segundo lugar, en que no siempre tiene medios eficaces para obligar al Ministerio Público a cumplir con el ejercicio de la acción penal en los supuestos en que proceda.

8.- Son inconstitucionales y por tanto deben de ser derogados los artículos 141 fracción V, del Código Federal de Procedimientos Penales, así como los artículos 9 y 70 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, por permitir la ingerencia directa al ofendido en el proceso penal.

Esta propuesta se da en razón de que, en nuestro sistema procesal, a nivel constitucional, sólo existen dos partes, a saber, la acusadora y la defensa, así como un órgano jurisdiccional, que es el que decide la controversia; en este orden de ideas, no existe facultad derivada de nuestro máximo ordenamiento que autorice la ingerencia directa del ofendido en el proceso penal, lo que permite concluir que todo ordenamiento que lo faculte, es inconstitucional.

9.- Son inconstitucionales y por tanto deben ser derogados, los artículos 142, 167 y 426 del Código Federal de Procedimientos Penales, así como los artículos 36, 302 y 551 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, puesto que permiten la absolución de la instancia.

Esta propuesta tiene razón de ser en virtud de que el artículo 23 constitucional prohíbe la absolución de la instancia, que entraña que los juicios no deben de ser suspendidos para que el órgano acusador aporte más pruebas, para que posteriormente se continúe el proceso. En este aspecto, cualquier precepto que lo permita es anticonstitucional.

BIBLIOGRAFIA

ARELLANO GARCIA, Carlos. Derecho Procesal Civil, segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1987.

BURGOA O., Ignacio. Las Garantías Individuales, vigésima octava edición, Editorial Porrúa S. A., México, 1996.

BAZDRESCH, Luis. Garantías Constitucionales Curso Introductorio, tercera edición, Editorial Trillas S. A., México, 1987.

CALZADA PADRON, Feliciano. Derecho Constitucional, primera edición, Editorial Harla S. A., México, 1990.

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. vigésima séptima edición, Editorial Porrúa S. A., México, 1989.

CASTRO V., Juventino. Lecciones de Garantías y Amparo, novena edición, Editorial Porrúa, México, 1996.

COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, décima tercera edición, Editorial Porrúa S. A., México 1992.

CASTILLO DEL VALLE, Alberto Del. Ley de Amparo Comentada segunda edición, Editorial Duero S. A., México 1992.

--- Garantías Individuales y Amparo en Materia Penal, primera edición, Editorial Duero S. A., México, 1992.

DELGADILLO GUTIERREZ, Luis H. Y LUCERO ESPINOZA, Manuel. Elementos de Derecho Administrativo 2o Curso, primera edición, Editorial LIMUSA, México 1989.

DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez, segunda edición, Editorial Porrúa S. A., México, 1990.

GARCIA RAMIREZ, Sergio. El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano, primera edición, Editorial Porrúa S. A., México 1994.

--- Proceso Penal y Derechos Humanos, primera edición, Editorial Porrúa S. A., México 1992.

MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal, sexta edición, Editorial Porrúa S. A., México 1995.

ORONÓZ SANTANA, Carlos M. Manual de Derecho Procesal Penal, tercera edición, Editorial Limusa S. A., México 1989.

OSORIO y NIETO, Cesar Augusto. cuarta edición, Editorial Porrúa, México 1989.

PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil, décimo novena edición, Editorial Porrúa S. A., México, 1990.

--- Prontuario de Procedimientos Penales, décimo primera edición, Editorial Porrúa, México 1989.

PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, décima segunda edición, Editorial Porrúa S. A., México 1995.

RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal. décimo séptima edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1988.

TENA RAMIREZ, Felipe. Leyes Fundamentales de México, décima octava edición, Editorial Porrúa S. A., México, 1994.

SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal, segunda edición, Editorial Harla S. A., México 1995.

VARIOS AUTORES. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada, editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1985.

VARIOS AUTORES. Historia Mínima de México. editado por El Colegio de México, sexta reimpression de la primera edición, México 1981.

ZAMORA PIERCE, Jesus. Garantías y Proceso Penal, séptima edición,

Editorial Porrúa S. A., Mexico 1994.