



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

LAS REFORMAS A LOS ARTICULOS 16 Y 19
CONSTITUCIONALES: AVANCE O RETROCESO EN
EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL MEXICANO.

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
HECTOR NICOLAS BACELIS LACROIX

DIRECTOR DE TESIS: LIC. GABRIEL REGINO GARCIA

MEXICO, D. F.

2000



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.

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIÉRREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E

Muy Distinguido Señor Director:

El compañero BACELIS LACROIX HECTOR NICOLAS, inscrito en el Seminario de Derecho Constitucional y de Amparo a mi cargo, ha elaborado su tesis profesional intitulada "LAS REFORMAS A LOS ARTICULOS 16 Y 19 CONSTITUCIONALES: AVANCE O RETROCESO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL MEXICANO", bajo la dirección del suscrito y del Lic. Gabriel Alejandro Regino García, para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El Lic. Regino García en oficio de fecha 10 de noviembre del 2000, me manifiesta haber aprobado y revisado la referida tesis; y personalmente he constatado que la monografía satisface los requisitos que establece el Reglamento de Exámenes Profesionales, por lo que, con apoyo en los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 de dicho reglamento 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 HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Cd. Universitaria, D.F., febrero 15 del 2000.

DR. FRANCISCO VENEGAS TREJO
DIRECTOR DEL SEMINARIO.

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

GABRIEL REGINO

DR. FRANCISCO VENEGAS TREJO
Director del Seminario de Amparo y Derecho Constitucional
Ciudad Universitaria
P R E S E N T E.

El compañero **HECTOR NICOLAS BACELIS LACROIX**, ha realizado bajo mi asesoría el trabajo de investigación denominado "LAS REFORMAS A LOS **ARTICULOS 16 Y 19 CONSTITUCIONALES: AVANCE O RETROCESO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL MEXICANO**", con la finalidad de presentarlo como tesis profesional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El trabajo en comento, aborda un tema de interés constitucional; por su contenido, fuentes de investigación, método, planteamiento de hipótesis y comprobación, lo hacen apto conforme al Reglamento de Exámenes Profesionales, salvo su ilustre opinión.


ATENTAMENTE.

San Angel, 10 de noviembre de 1999

AGRADECIMIENTOS:

A DIOS, GRACIAS PADRE POR TU INMENSO AMOR Y MISERICORDIA.

A MIS PADRES HECTOR NICOLAS BACELIS SÁNCHEZ Y VICENTA LACROIX LASTRA, GRACIAS PAPA POR DARMER TU AMOR Y CONSTRUIR EN MI LAS BASES QUE CIMIENTAN MI ESTRUCTURA.

GRACIAS MAMA POR ESTAR CONMIGO EN TODO MOMENTO A PESAR DE LA DISTANCIA, GRACIAS POR REGALARME EL INMENSO AMOR QUE DIOS DEPOSITO EN TI, POR SER LA FUERZA MOTRIZ DE MI EXISTENCIA.

A MIS ABUELOS JOSÉ BACÉLIS VEGA (Q.E.P.D.) Y SARA SÁNCHEZ VALENCIA (Q.E.P.D.), GRACIAS POR TODO SU AMOR, YO SE QUE DESDE EL CIELO SIEMPRE HAN ESTADO A MI LADO.

A MIS ABUELOS DOMINGO LACROIX GONZALES Y MELIA LASTRA KOLLER, GRACIAS ABUELITO POR SER MI AMIGO, POR TU CONSEJO Y EXPERIENCIA, GRACIAS POR TUS MONTAÑAS, POR TUS RÍOS Y POR TU POESÍA, POR ENSEÑARME A SOÑAR, POR LEGARME UNA PEQUEÑA PARTE DE TU MENTE GIGANTESCA, LONGEVÀ Y SABIA, GRACIAS POR SER UN HOMBRE EXTRAORDINARIO. GRACIAS ABUELITA POR TU APOYO Y AMOR, POR TU BONDAD SIN LIMITES, PARA TI MI CARIÑO Y GRATITUD ETERNA.

A MIS HERMANOS, GRACIAS ROSY, HORTENSIA Y JOSÉ, POR TODO SU AMOR Y CARIÑO, GRACIAS A LOS TRES POR HABER NACIDO, PORQUE SERIA IMPOSIBLE EXPLICAR MI VIDA SIN SU EXISTENCIA, POR CRECER CONMIGO, POR SOÑAR JUNTOS.

A MIS TÍOS, JORGE, ELOISA Y MELITA, CON TODO MI CARIÑO, RESPETO Y GRÁTITUD, ESTE PEQUEÑO TRIUNFO ES TAMBIÉN DE USTEDES.

A MIS PRIMOS VÍCTOR, DOMINGO, BETO, CONCHO, ARMANDO, YSOLINA, CHELO, MARY, MELY, ISHEL, CON TODO MI CARIÑO POR LOS MOMENTOS QUE COMPARTIMOS JUNTOS.

A MIS SOBRINOS CARLITOS, ELOISA, YSOLINA, MELIA, VICTORIA, VIRGINIA, CARLOS ENRIQUE, JOSÉ BELÉN Y JESSICA, CON TODO MI AMOR.

A MI FAMILIA CON VENERACIÓN.

A AURORA ARCOS, GRACIAS POR CIUDARME Y QUERERME COMO A UN HIJO, POR TU APOYO, ESTA OBRA TAMBIÉN TE PERTENECE.

A MIS AMIGOS, GRACIAS POR ESTAR SIEMPRE A MI LADO, POR CONTAR SIEMPRE CON USTEDES, POR NUESTRAS VIVENCIAS, POR LAS ANÉCDOTAS, POR LOS INOLVIDABLES MOMENTOS QUE COMPARTIMOS JUNTOS.

A MIS MAESTROS, GRACIAS POR SU GENEROSIDAD, POR REGALARNOS SUS CONOCIMIENTOS Y EXPERIENCIAS, POR CULTIVAR AFANOSAMENTE NUESTRA MENTE Y ESPÍRITU.

A MI ASESOR, MUY ESPECIALMENTE AGRADEZCO AL LIC. GABRIEL REGINO GARCÍA POR SU GRAN AYUDA, GRACIAS MAESTRO POR SU PACIENCIA Y SU TIEMPO, PARA USTED TODA MI ADMIRACIÓN Y RESPETO.

A LOS LICENCIADOS MIGUEL NAZAR HARO, MIGUEL NASSAR DAW Y JOSÉ LUIS NASSAR DAW, GRANDES MAESTROS Y EXCELENTES AMIGOS, QUE CON SUS ENSEÑANZAS HAN VENIDO A RATIFICAR LA ESCUELA PATERNA. PARA USTEDES JEFES MI GRATITUD ETERNA.

AL DESPACHO NASSAR DAW Y ASOCIADOS, POR BRINDARME LA OPORTUNIDAD DE DESARROLLARME PROFESIONALMENTE Y SOBRETUDO PORQUE AHÍ HE ENCONTRADO A PERSONAS QUE SON DE VERDADERA IMPORTANCIA EN MI VIDA. GRACIAS GABY POR CREER EN MI DESDE EL PRIMER MOMENTO EN QUE NOS CONOCIMOS.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, POR FORJARME, POR DOTARME DE LOS INSTRUMENTOS NECESARIOS PARA SERVIR A LA PATRIA, POR EL CUMULO DE CONOCIMIENTOS E IDEALES QUE EN MI DEPOSITO, POR TU PLURALIDAD Y UNIVERSALIDAD. POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
--------------------	---

CAPITULO PRIMERO.- DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS INDIVIDUALES.

ANTECEDENTES Y CONCEPTOS

1.- EL ORIGEN Y FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	1
2.- LOS DERECHOS HUMANOS: CONCEPTO Y CONTENIDO.....	6
3.- DIVERSAS ACEPCIONES DE LA PALABRA GARANTÍA Y EL CONCEPTO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES O DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS.....	9
4.- SUJETOS. NATURALEZA Y CLASIFICACIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.....	13
5.- EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.....	20
5.1 ANTECEDENTES EXTRANJEROS	20
5.2 ANTECEDENTES NACIONALES	28

CAPITULO SEGUNDO.- EL DERECHO PENAL, EL CONCEPTO DE CUERPO DEL DELITO, EL TIPO PENAL Y EL DESARROLLO DE LA TEORÍA DEL DELITO

1.- DERECHO PENAL: IMPORTANCIA Y NECESIDAD, DENOMINACIÓN Y CONCEPTO, DERECHO PENAL SUBJETIVO, DERECHO PENAL OBJETIVO, CARACTERES, TITULAR Y DESTINATARIOS	41
2.- EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL	48
3.- LA IMPORTANCIA DE LA TEORÍA DEL DELITO Y SUS ELEMENTOS.....	51
4.- EVOLUCIÓN DEL CUERPO DEL DELITO EN MÉXICO Y SU INTERPRETACIÓN JUDICIAL.....	55
5.- LA EVOLUCIÓN DEL TIPO PENAL Y SU INTERPRETACIÓN JUDICIAL.....	67

CAPITULO TERCERO.- GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESADO CONTENIDAS EN EL NUMERAL DEL PACTO POLÍTICO FEDERAL Y EL ANÁLISIS DE SU REFORMA

1.- LA GARANTÍA DE LEGALIDAD	79
2.- REQUISITOS PARA EL LIBRAMIENTO DE LA ORDEN DE APREHENSIÓN ANTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE MARZO DE 1999.....	81
3.- ANÁLISIS DE LA REFORMA AL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.....	91
3.1 LOS MOTIVOS DE LA REFORMA.....	91
3.2 LOS EFECTOS POLÍTICOS-CRIMINALES Y DOGMÁTICOS DE SUSTITUIR	

ELEMENTOS DEL TIPO PENAL POR CUERPO DEL DELITO.....	106
3.3 HACIA UN DERECHO PENAL LIBERAL Y DEMOCRÁTICO O HACIA UN DERECHO PENAL AUTORITARIO PARA MÉXICO.....	113

**CAPITULO CUARTO.- GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESADO CONTENIDAS
EN EL NUMERAL 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y EL ANÁLISIS DE LA REFORMA**

1.- EL TÉRMINO CONSTITUCIONAL.....	118
1.1 AUTO DE FORMAL PRISIÓN.....	121
1.2 AUTO DE SUJECCIÓN A PROCESO.....	123
1.3 AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR.....	125
2.- ÚNICAMENTE POR EL DELITO O DELITOS SEÑALADOS EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O DE SUJECCIÓN A PROCESO SE SEGUIRÁ TODA CAUSA.....	126
3.- ANÁLISIS DE LA REFORMA AL ARTICULO 19 CONSTITUCIONAL.....	127
3.1 LOS MOTIVOS DE LA REFORMA.....	127
3.2 LOS "NUEVOS" REQUISITOS PARA DICTAR EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN.....	133
 CONCLUSIONES.....	 140

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El hombre es un ser social por naturaleza, vive en una sociedad determinada, por ese mismo hecho sus actos están limitados. Cuando un individuo realiza un acto que perturba la conciencia social, la sociedad se revela contra el, reaccionando en diversas formas, pero como los hombres no deben hacerse justicia por si mismos, el Estado tiene el deber de restablecer el orden imponiendo a los que los perturban, las penas correspondientes con apoyo del poder con que se haya investido y valiéndose de órganos especiales. El Estado en el ejercicio de castigar, ha llegado al extremo en algunas ocasiones, invadiendo esferas que no les corresponde en detrimento de los derechos inherentes a la personalidad humana, por lo que se ha hecho necesario, garantizar dichos derechos, poniéndolos al margen de las arbitrariedades que las autoridades pueden cometer y para ello se han incluido en la Constitución. Las garantías individuales son limitaciones al poder estatal en beneficio directo de la persona humana, que como tal, tiene una determinada esfera de acción en la que el poder publico no debe intervenir, por lo tanto, el hecho de que los derechos individuales estén garantizados se debe principalmente a que están incluidos en la Constitución.

Por lo anterior toda reforma constitucional repercute directamente en el gobernado, en su vida, en su libertad, en sus bienes y derechos, ya que la Constitución como ley fundamental, como base que cimienta el Estado, contiene principios de inherente respeto sobre las demás leyes, principios que por su carácter de garantías individuales o derechos del hombre, son incluidos en ella como normas legales, que regulan la actividad del Estado.

La presente tesis tiene por objeto el estudio, análisis y critica de la reforma sufrida por los numerales 16 y 19 del pacto político federal, la cual fue publicada el 8 de marzo de la presente anualidad en el Diario Oficial de la Federación. Esta reforma trastoca los derechos o

garantías que tiene toda persona sujeta al drama penal y que se traduce en el derecho a probar su inocencia, es decir, a ser oído y vencido en juicio. Parfraseando al Maestro y Excelso Jurista Dr. Sergio García Ramírez, es pues, la reforma a los artículos 16 y 19 de nuestra carta magna, una **reforma constitucional inquietante.**

En el presente trabajo se expone el estudio de los derechos humanos y de las garantías individuales, sus orígenes, fundamentos, conceptos y acepciones, mencionando la evolución histórica de las mismas en el mundo y su repercusión en los acontecimientos sociales suscitados en México (capítulo primero). Asimismo se analiza la importancia y necesidad del Derecho Penal y de la Teoría General del Delito, su evolución histórica, así como los conceptos, evolución e interpretación judicial de las denominaciones de cuerpo del delito y tipo penal. (capítulo segundo).

Merecen un estudio aparte y constituyen en si la base de la tesis el contenido de los capítulos tercero y cuarto de mi trabajo, ya que en estos se estudia lo referente a las garantías constitucionales del procesado penal contenidas en los numerales 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y el análisis de sus reformas, haciendo énfasis en los motivos de las mismas, en sus efectos políticos - criminales - dogmáticos, y por ultimo analizando los requisitos para consignar la averiguación previa y para el obsequio de la orden de aprehensión, así como el estudio de los requisitos para dictar el auto de formal prisión.

Finalmente se exponen una serie de conclusiones que sintetizan la obra realizada, y en donde propongo mi particular punto de vista, el cual esta sustentado en el estudio de diversas obras jurídicas de reciente acuñacion en la gran mayoría de los casos, y en criterios de grandes estudiosos de las materias constitucional y penal.

CAPITULO PRIMERO

DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS INDIVIDUALES: ANTECEDENTES Y CONCEPTOS.

**"MIENTRAS LOS DERECHOS HUMANOS NO SE RESPETEN,
SOLO EXISTIRÁ UN REINO DE FUERZA Y TIRANÍA". CARLOS R.
TERRAZAS.**

1.- EL ORIGEN Y FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS.

EL ORIGEN:

Distintas son las perspectivas bajo las cuales pueden estudiarse los derechos humanos, ya que muchas y muy variadas son las situaciones en que se ven involucrados. No obstante lo anterior, una de las vertientes de la vida social que mas influencia tiene en ellos es la penal¹.

Aunque el origen de los derechos humanos, en su problemática filosófica, religiosa, política y social, ha sido una preocupación desde los tiempos remotos en el devenir histórico de la humanidad, su reconocimiento jurídico, constituye un fenómeno relativamente mas reciente,

¹ Terrazas Carlos R., "Los Derechos Humanos y las Sanciones Penales en México" Cuadernos Inacipe, Mexico, 1984, p. 11.

producto de un lento y penoso proceso de formulación normativa que ha atravesado por diversas etapas. En efecto, inquietudes remotas, tales metajurídicas las encontramos en antecedentes como los diez mandamientos de Moisés, el código de Hammurabi y las Leyes de Solon.²

Los derechos humanos son privilegios fundamentales que el hombre posee por el hecho de serlo, por su propia naturaleza y dignidad. Son derechos que les son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por esta consagrados y garantizados.

En la antigüedad algunos países (Persia, Egipto, Grecia y roma) concedían esos derechos solamente a quienes consideraban ciudadanos, eran pues, privilegios selectivos, de los que carecían los esclavos. Era peor la condición de los bárbaros o extranjeros, quienes no tenían protección alguna y quienes eran sometidos al exterminio o a la esclavitud. A estos habría que agregar a las mujeres, que eran en realidad personas de otra clase, casi totalmente privadas de derechos. Esta organización se mantuvo vigente hasta la edad media, durante la cual se consiguió la emancipación de los esclavos, quienes se convirtieron en siervos. El cristianismo unificó las creencias religiosas de los países europeos, que se constituyeron así en un gran cuerpo político y religioso. Pero la reforma protestante al romper esa unidad, provocó que los disidentes fueran perseguidos durante muchos años. Las peticiones de tolerancia que hacia ellos se produjeron en 1598 desembocaron en el Edicto de Nantes, por el cual se concedían derechos políticos y civiles a los protestantes. De esta forma se reconoció a cada hombre el derecho de tener sus propias creencias religiosas.³

Los derechos civiles y políticos han tenido dos etapas: durante la primera se luchó por el reconocimiento de las garantías y los derechos individuales de los ciudadanos, mientras en la segunda se hizo énfasis en los derechos económicos y sociales.⁴

² Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo IV Ed. Porrúa, México, 1985, p.223.

³ Hacia una Cultura de los Derechos Humanos, Publicación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1995, p.15

⁴ Ibidem. p. 16.

En la primera fase destaca la institución del Habeas Corpus en Inglaterra (1679), que prohibía la detención de las personas sin una orden judicial. La declaración de los derechos de 1689 garantizó ampliamente el disfrute de los derechos a la libertad personal y a la propiedad individual, exclusivamente de los ciudadanos ingleses. Los estoicos y los teólogos juristas españoles del siglo de oro confirmaron la existencia de derechos peculiares del hombre, cualquiera que fuese su naturaleza y domicilio. el derecho natural fue continuado entre otros por Locke en Inglaterra, y por Jefferson en los Estados Unidos.⁵

En lo referente a la segunda fase, con la revolución industrial surge la lucha de los obreros por conquistar derechos laborales (salario justo, descanso dominical, vacaciones, etc.) conquistas que se lograron en diferentes países durante los siglos XIX y XX. los derechos políticos ya conquistados se incluyeron en las constituciones como garantías individuales y sociales.⁶

Finalmente la ONU nombro una comisión que redactó la declaración universal de los derechos humanos en 1948, la cual consagra:

- 1.- Los derechos relativos a la libertad y a la dignidad.
- 2.- Los derechos procesales y políticos.
- 3.- Los derechos sociales.

⁵ Ibidem. p. 16

⁶ Ibidem. p. 17

A partir de la declaración universal de la O.N.U., se han generado una serie de documentos que han permitido la elaboración de un sistema de principios y de derechos de los pueblos que luchan porque el Estado respete la dignidad de las personas.⁷

EL FUNDAMENTO:

Fundamentar los derechos significa proporcionar una explicación razonable para justificar su existencia y vigencia.⁸

Existen diversas teorías que se han encargado de fundamentar la existencia y vigencia de los derechos humanos o derechos del hombre, pero excedería del marco de estas notas exponer todas las doctrinas que se han formulado en ese sentido, por lo que me reduciré solo a algunos autores y doctrinas.

La indagación sobre la fundamentación de tales derechos ha ofrecido, tanto a lo largo de la historia del desarrollo de los derechos fundamentales como en la actualidad, diferentes respuestas que siguiendo a E. Fernández, se pueden sintetizar, reduciéndolas a tres esenciales:

1.- **La Fundamentación iusnaturalista**, que consiste en la consideración de los derechos humanos como derechos naturales;

2.- **La Fundamentación Historicista-Positivista**, que considera a los derechos humanos como pretensiones históricamente logradas por la voluntad colectiva y consolidadas en normas positivas de rango prioritario;

⁷ *Ibídem* p. 17

⁸ Padilla Miguel M., *Lecciones sobre Derechos Humanos y Garantías*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 25

3.- La Fundamentación Ética, que sostiene que el origen y fundamento de los derechos humanos, no es jurídico en sentido positivo, sino previo a lo jurídico, de lo cual se colige que el derecho positivo no crearía propiamente tal clase de derechos, sino que su labor consistiría más bien en reconocerlos y garantizarlos, a fin de dotarlos en plena efectividad. Para este modo de fundamentación, los derechos humanos aparecen como derechos morales, o sea, como exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el mero hecho de ser hombre y, por tanto, como un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y el derecho. Dicho fundamento ético es un fundamento axiológico o valorativo que se constituye en torno a exigencias que se consideran imprescindibles, como condiciones inexcusables de una vida digna, de exigencias derivadas de la idea de la dignidad humana.⁹

Afirmaríamos pues, lo siguiente:

1.- La postura del iusnaturalismo o doctrina objetivista parte de la aceptación de un derecho natural que encuentra su fuente u origen fuera de la voluntad humana y es eterno e inmutable por expresar una naturaleza humana común y universal;

2.- El Positivismo o Empirismo Jurídico, afirma que el derecho, incluso los derechos humanos, nacen de decisiones de los hombres, variables por depender de la evolución histórica de las diversas sociedades y de sus condiciones presentes. No existe un problema del deber ser sino únicamente del ser. Para el positivismo jurídico, el único derecho que cuenta, es el efectivamente sancionado, no pudiéndose hablar de otra justicia que la contenida en las normas vigentes;

3.- La Fundamentación Ética, parte de la noción de que el fundamento de los derechos humanos nunca puede ser jurídico, sino prejurídico, pues el derecho positivo no crea los derechos humanos, sino que les otorga vigencia.

⁹ Fernández, E., Teoría de la Justicia y Derechos Humanos, Debate, Madrid España, 1984.

Comparto plenamente lo establecido por la fundamentación ética de los derechos humanos.

2.- LOS DERECHOS HUMANOS: CONCEPTO Y CONTENIDO.

Existen diversos autores que han conceptualizado a los derechos humanos a continuación cito a algunos de ellos:

Miguel M. Padilla, establece que los derechos humanos son el "Conjunto de facultades que corresponden a todos los seres humanos como consecuencia de su innata dignidad, destinadas a permitirles el logro de sus fines y aspiraciones en armonía con los de otras personas, y que deben ser reconocidos y amparados por los ordenamientos jurídicos de cada estado. Establece el mismo autor que los derechos humanos se encuentran revestidos de las siguientes características:

- 1.- **Son Innatos o Congénitos**, pues todos los seres humanos poseen, ya al iniciar su vida temporal, la titularidad de los mismos;
- 2.- **Son universales**, por idéntica razón;
- 3.- **Son absolutos**, en el sentido de que su respeto puede exigirse indeterminadamente, pero no en el sentido de que no puedan ser razonablemente restringidos o limitados ;
- 4.- **Son necesarios**, al derivar de las exigencias de la misma naturaleza humana;
- 5.- **Son inalienables**, por pertenecer indisolublemente a la propia esencia del hombre;

6.- Son imprescriptibles, ya que no son susceptibles de perderse por el no uso, voluntario o compulsivo.¹⁰

Los derechos humanos son un conjunto de prerrogativas y facultades inherentes al hombre que por su importancia se toman indispensables para su existencia. Estos derechos se han consolidado en la estructura jurídica del estado contemporáneo. En consecuencia, este no solo tiene el deber de reconocerlos sino, además de respetarlos y defenderlos, concretando su actuación a los límites señalados en el marco jurídico que para tal efecto existe, mismo que le impone en determinados casos la obligación de abstenerse y en otros de actuar, con el fin de garantizar, precisamente a los individuos, la vigencia de sus libertades y derechos consagrados en la constitución federal como garantías individuales y sociales. El estado, pues asume la obligación jurídica de asegurar plenamente a la persona la vigencia y cumplimiento de las garantías de igualdad, libertad y seguridad jurídica.

El diccionario jurídico mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. nos expresa que los derechos humanos son el conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todos ellos, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente.

El concepto de los derechos humanos fue en su origen concepto político que se traducía en el respeto por parte del Estado de una esfera de libertad y autonomía de la persona humana. En otros términos el Estado estaba obligado a no intervenir en esta esfera de los "derechos civiles", o sea, de los derechos miran a la protección de la vida, libertad, seguridad e integridad física y moral de la persona humana. Estos derechos provienen, en su conjunto, de una concepción individualista. En la etapa siguiente el hombre no está opuesto ya al estado, sino que

¹⁰ Pérez Luño A.E., "Los Derechos Humanos, Significación, Estatuto Jurídico y Sistema", Universidad de Sevilla España, 1979.

participa en la estructuración política de la sociedad a que pertenece, ejerciendo sus derechos políticos dentro del estado. Finalmente, la aparición de la noción de derechos económicos, sociales y culturales formando una categoría distinta, es un fenómeno más reciente. El goce efectivo de estos derechos debe ser asegurado por el estado o por su intermediación.¹¹

Desde el punto de vista del objeto y contenido de los derechos humanos, estos comprenden tres grandes tipos o grupos de derechos expresa y generalmente reconocidos por las constituciones de la gran mayoría de países, así como por los más grandes instrumentos internacionales de carácter general sobre la materia. Tales grupos son: uno, de los derechos civiles; dos, los derechos políticos; y, tres, los derechos económicos, sociales y culturales.¹²

En México, existe, desde la época independiente hasta nuestros días, una tendencia bien definida de reconocimiento, aceptación y respeto de los derechos humanos. Así lo demostró, en su momento, la inclusión de estos en las distintas constituciones que han regido a nuestro país, incluida la vigente. Así lo demuestra la creación, por acuerdo publicado en el diario oficial del 5 de abril de 1989, de la comisión de derechos humanos del estado de Morelos, cuyos objetivos principales son :

- Promover la defensa y respeto de los derechos humanos por parte de las autoridades que actúen en el ámbito del estado.
- Operar como instancia de recepción de quejas o denuncias de violaciones a dichos derechos.¹³

¹¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Op. cit. p. 224.

¹² *Ibidem*, p. 224.

¹³ Terrazas Carlos R., Op. cit. p. 13.

3.- DIVERSAS ACEPCIONES DE LA PALABRA GARANTÍA Y EL CONCEPTO DE GARANTÍA CONSTITUCIONAL O DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS.

" EL PUEBLO MEXICANO RECONOCE, QUE LOS DERECHOS DEL HOMBRE SON LA BASE Y EL OBJETO DE LAS INSTITUCIONES SOCIALES. EN CONSECUENCIA DECLARA, QUE TODAS LAS LEYES Y TODAS LAS AUTORIDADES DEL PAÍS, DEBEN RESPETAR Y SOSTENER LAS GARANTÍAS QUE OTORGA LA PRESENTE CONSTITUCIÓN."

ARTICULO PRIMERO DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1857.

Los conceptos garantía, derechos del hombre, derechos humanos, derechos públicos subjetivos, han tenido a través de los tiempos muchas acepciones y sinónimos, por ejemplo se les ha llamado:

A.- Derechos Naturales: Expresión no desacertada, ya que los derechos que se tutelan en las garantías tienen su fundamento en la misma naturaleza humana.

B.- Derechos Innatos u Originarios, Calificativos que se usaron para contraponerlos a los derechos adquiridos o derivativos, queriendo significar que los primeros nacen con el hombre, sin requerir ninguna otra menester de un hecho positivo.

C.- Derechos Individuales: Fue una expresión muy frecuente en épocas en que la filosofía y las ideologías políticas estaban impregnadas de individualismo, pero tiene un sentido demasiado estrecho, mas limitado que el de los antiguos derechos naturales y el de los que hoy llamamos derechos del hombre.

D.- Derechos del Hombre y del Ciudadano: Tiene esta nomenclatura un significado histórico y, muy análogamente, individualista. Corresponde a una época en la que se consideraban en peligro y necesitados de defensa los derechos del hombre considerado individualmente y como ciudadano frente al poder del estado.

E.- Derechos del Hombre, del Ciudadano y del Trabajador: La clásica denominación de derechos del hombre y del ciudadano fue ampliada por la importancia que han adquirido los derechos sociales de los trabajadores.

F.- Derechos Fundamentales o Derechos Esenciales del Hombre: Son fundamentos por cuanto sirvan de fundamento a otros y esenciales en cuanto son derechos permanentes e invariables, inherentes al hombre, a todos los hombre como tales.¹⁴

A pesar de que a la garantía se le ha dado los sinónimos comentados anteriormente, no debemos confundir al derecho que salvaguarda la garantía, con la garantía misma.

La palabra garantía proviene del término anglosajón "warranty" o "warrantie", que significa la acción de "asegurar", "proteger", "defender" o "salvaguardar" (to warrant) por lo que tiene una connotación muy amplia. Garantía equivale, pues, en su sentido lato, a "aseguramiento" o "afianzamiento", pudiendo denotar también "protección", "respaldo", "defensa", "salvaguardia" o "apoyo". Jurídicamente, el vocablo y el concepto garantía se originaron en el derecho privado, teniendo en el las acepciones apuntadas.¹⁵

¹⁴ Castan Tobeñas Jose, Los Derechos del Hombre, Ed. Reus S.A., Madrid España, 1985, pp. 8-9.

¹⁵ Burgoa Orihuela Ignacio, Las Garantías Individuales, Ed. Porrúa, México, 1996, p. 161.

En el derecho publico, según afirmación de Sánchez Viamonte, la palabra garantía y el verbo garantizar son creaciones institucionales de los franceses y de ellos las tomaron los demás pueblos en cuya legislación aparece desde mediados del siglo XIX.¹⁶

El concepto garantía en derecho publico ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones en favor de los gobernados dentro de un estado de derecho, es decir, dentro de una entidad política estructurada y organizada jurídicamente, en que la actividad del gobierno esta sometida a normas preestablecidas que tienen como base de sustentación el orden constitucional.¹⁷

Don Isidro Montiel y Duarte que todo medio consignado en la constitución para asegurar el goce de un derecho se llama garantía, aun cuando no sea de las individuales.¹⁸

Las garantías constitucionales son un conjunto de normas consagradas en el texto constitucional, en lo que concurren de una manera armoniosa, principios filosóficos, sociales, políticos, económicos, culturales, etc. con la finalidad de proporcionar al gobernado, una existencia y convivencia pacífica, prospera y digna sobre la tierra, cuyo disfrute se encuentra debidamente asegurado mediante el juicio de amparo.¹⁹

El Maestro Alberto del Castillo del Valle ha manifestado que la garantía individual es el medio jurídico consagrado en la constitución, principalmente, por virtud del cual se protegen los derechos de los gobernados frente al estado y a sus autoridades, obligando a estos a respetar tales derechos. Las garantías otorgadas, que no reconocidas, por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protegen tan solo los derechos de los gobernados frente a las autoridades publicas, sin que estas gocen de esas garantías cuando actúan investidas con el ius

¹⁶ Sánchez Viamonte, "Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa", Edición de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., p. 7.

¹⁷ Burgoa Orihuela Ignacio, Op. cit. p. 162.

¹⁸ Montiel y Duarte Isidro, "Estudio sobre las Garantías Individuales", Ed. 1873, pag. 26.

¹⁹ Herrera Ortiz Margarita, Manual de Derechos Humanos, Ed. Pac, México, p.11.

imperi o fuerza publica. 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 termino, por lo que estos derechos son jurídicamente resguardados y tutelados por la constitución y el sistema jurídico mexicano.²⁰

El concepto de garantía individual se forma mediante la concurrencia de los siguientes elementos:

1.- Relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado y el estado y sus autoridades.

2.- Derecho publico subjetivo que emana de dicha relación en favor del gobernado.

3.- Obligación correlativa a cargo del estado y sus autoridades, consistente en respetar el consabido derecho, y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo.

4.- Previsión y regulación de la citada relación por la ley fundamental.²¹

A manera de conclusión podemos afirmar que los derechos del hombre son las prerrogativas o potestades de que es titular todo ente que tenga la calidad de ser humano y que por el solo hecho de serlo, goza de los mismos, siéndole otorgados esos derechos por la naturaleza y reconocidos por el estado, este nunca los va a conceder, sino a reconocer, y tan solo otorgara garantías para asegurar tales derechos. Los derechos del hombre, son pues, anteriores al estado, en tanto que las garantías individuales (o del gobernado) son posteriores a el y dadas

²⁰ Castillo del Valle Alberto del, Garantias Individuales y Amparo en Materia Penal, Ed. Ducro, México, 1992, p. 21.

²¹ Burgoa Orihuela Ignacio, Op. cit. p.187.

precisamente por el mismo a todos los gobernados, protegiéndose por medio de ellas los derechos fundamentales del hombre y de los gobernados.

4.- SUJETOS, NATURALEZA Y CLASIFICACIÓN DE LAS GARANTÍAS

CONSTITUCIONALES.

SUJETOS:

La relación jurídica de supra a subordinación en que se manifiesta la garantía individual consta de dos sujetos, a saber, el activo o gobernado y el pasivo, constituido por el estado y sus órganos de autoridad. Las garantías consignadas constitucionalmente fueron establecidas para tutelar los derechos o la esfera jurídica en general del individuo frente a los actos del poder público.²²

Por lo anterior, los sujetos de la relación que implica la garantía individual son: el sujeto titular o activo es el gobernado in genere y el sujeto pasivo constituido por el estado y sus autoridades.

Sujeto activo: El ilustre Maestro Don Ignacio Burgoa Orihuela denomina al sujeto activo como gobernado y nos dice que es aquella persona operen o vayan a operar actos de autoridad, es decir, actos atribuibles a un órgano estatal que sean de índole unilateral, imperativa y coercitiva.

Tomando en consideración que gobernado es todo ente de derecho cuya esfera jurídica o patrimonio (pecuniario y moral) puede verse afectado por un acto de autoridad; existen seis tipos o clases de gobernados dentro de nuestro sistema de derecho, a saber:

²² *Ibíd*em p.168

1.- Personas Físicas (individuos, sin importar sexo, religión, nacionalidad, edad, raza, condición económica, etc.);

2.- Personas Morales de Derecho Privado (sociedades civiles, asociaciones civiles y sociedades mercantiles);

3.- Personas Morales de Derecho Social (los sindicatos, núcleos de población ejidal y núcleos de población comunal);

4.- Personas Morales de Derecho Electoral (partidos políticos);

5.- Personas Morales Oficiales o de Derecho Publico (la federación, los estados o entidades federativas, municipios, etc.), y;

6.- Empresas Paraestatales, Organismos Descentralizados, etc.²³

Cabe señalar, que hablando de las garantías individuales en materia penal, el individuo o persona física puede ser titular de estas, ya que es el único sujeto de derecho al que se puede afectar en uno de los bienes jurídicos tutelados por estas garantías, o sea, en su vida, en su libertad locomotora y/o en su integridad física y moral. Las demás clases de gobernados no tienen, ni por error, la titularidad de estas garantías (en materia penal) , por no ser susceptibles de gozar de los derechos protegidos por las mismas.²⁴

²³ Del Castillo Del Valle Alberto, Op. cit. p. 22

²⁴ *Ibidem* p. 24

Sujeto pasivo: El Maestro Don Ignacio Burgoa Orihuela nos expresa que el sujeto pasivo de la relación jurídica que implica la garantía individual esta integrado por el Estado como entidad jurídica y política en que se constituye el pueblo y por las autoridades del mismo. Estas son las directamente limitadas en cuanto a su actividad frente a los gobernados por las garantías individuales como manifestaciones jurídicas del poder de imperio, siendo el estado el sujeto pasivo mediato de la relación de derecho respectivo. Por ende, el gobernado, titular de las garantías individuales, tiene el goce y disfrute de estas inmediata o directamente frente a las autoridades estatales y mediata e indirectamente frente al estado, el cual, como persona moral de derecho publico que es, tiene necesariamente que estar representado por aquellas, quienes, a su vez, están dotadas del ejercicio del poder de imperio en su distinta esfera de competencia jurídica.

OBJETO:

Una vez analizados los sujetos de las garantías constitucionales, es necesario, explicar brevemente que el objeto de estas garantías se traduce en los medios de salvaguarda de las prerrogativas fundamentales que el ser humano debe tener para el cabal desempeño de su personalidad frente al poder publico.

NATURALEZA:

La naturaleza esencial de las garantías constitucionales, se actualiza preguntándose cual es la esencia profunda, la motivación individual y social, que en su hondura permite la creación de normas jurídicas, en un documento fundamental del mismo orden, y para cuyo reconocimiento los pueblos luchan tanto, y los pensadores agudizan su análisis para plasmar (en acción y en pensamiento), una normatividad que muchas constituciones sostienen es la base de las instituciones sociales y de los regimenes democráticos. Una primera observación es evidente:

quienes promueven esos derechos, que actualmente conocemos garantías constitucionales, siempre mencionan como basamento la libertad. Es verdad que un estudio cuidadoso de las disposiciones fundamentales a este respecto, nos permite encontrar no únicamente el reconocimiento de esa libertad, sino también una serie de procedimientos que permiten que la misma se respete y aun se aliente, y un conjunto de normas que tienen en cuenta un orden publico, que permita la vivencia dentro de un orden social. Pero el punto de partida, es siempre la libertad, que por lo demás se da por establecido y demostrado que pertenece a la naturaleza humana. Y respecto a esta ultima afirmación, es fácil entender el porque se le considera como axiomática, ya que si el derecho no partiera del supuesto de que el hombre es libre, no podría sancionar los actos humanos que contradicen las normas jurídicas, pues sin libertad no hay responsabilidad, y sin esta no se justifica la coacción publica que sanciona por el incumplimiento de la norma.²⁵

La autolimitación y, por ende, las limitaciones o restricciones a la conducta de las autoridades, se establecen por todo el orden jurídico del Estado, independientemente de la índole jerárquica de las distintas normas que lo integran, siguiendo diferentes criterios y frente a diversos factores. Ahora bien, directa y primariamente, frente a los miembros singulares del estado o gobernados, la autolimitación estatal y las limitaciones jurídicas a la actuación de las autoridades se revelan en las garantías individuales. Por tanto, estas se traducen jurídicamente en una relación de derecho existente entre el gobernado como persona física o moral y el Estado como una entidad jurídica y política con personalidad propia y sus autoridades, cuya actividad en todo caso se desempeña en ejercicio del poder y en representación de la entidad estatal. En realidad, los sujetos inmediatos y sujetos de la relación jurídica que implica la garantía individual están constituidos por el gobernado, por una parte, y las autoridades del estado, por la otra, puesto que es la conducta de estas mismas la que esta limitada o restringida de modo directo por dicho vinculo de derecho.²⁶

²⁵ Castro Juventino V., *Garantías y Amparo*, Editorial Porrúa, Séptima edición, México, 1991, pp. 16 - 17.

²⁶ Burgoa Orihuela Ignacio, *Op. cit.* p. 166

En conclusión afirmare que el pensamiento del Maestro Noriega nos otorga de manera diáfana la naturaleza o esencia de las garantías individuales al afirmar que: "los derechos del hombre, las garantías individuales, son derechos naturales, inherentes a la persona humana, en virtud de su propia naturaleza y de la naturaleza de las cosas, que el Estado debe de reconocer, respetar y proteger, mediante la creación de un orden jurídico y social, que permita el libre desenvolvimiento de las personas, de acuerdo con su propia y natural vocación, individual y social."

CLASIFICACIÓN:

Nuestro actual texto constitucional, no jerarquizan y ordenan con método riguroso las garantías que en ella se reconocen. Comúnmente, en las disposiciones constitucionales correspondientes, o se agrupan las garantías bajo rubros tradicionales, o (como ocurre en nuestra constitución vigente), ni siquiera aparecen esas guías, sino que se mencionan los derechos fundamentales prácticamente en desorden.²⁷

El ilustre jurista Don Ignacio Burgoa expresa en su obra de garantías individuales que "para clasificar en términos generales las garantías individuales disponemos de dos criterios fundamentales: uno que parte del punto de vista de 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 que de la mencionada relación se forman en beneficio del sujeto activo o gobernado.

No hay que confundir la clasificación de las garantías individuales propiamente dichas, con la división que de las garantías en general ha elaborado Jellinek. En ambas clasificaciones el

²⁷ Castro Juventino V., Op. cit. p. 30

objeto es diverso, puesto que en la que formularemos, este se constituye por las garantías individuales como relaciones jurídicas existentes entre el gobernado como sujeto activo y las autoridades estatales y el estado como sujetos pasivos; en cambio, el objeto de la clasificación hecha por Jellinek versa, no sobre las garantías individuales propiamente dichas, sino respecto de los medios que establecen un control o una salvaguardia al régimen de derecho en general y a los derechos de los gobernados en particular. Jellinek afirma que hay tres especies de garantías (o medios de preservar el orden jurídico): las sociales, las políticas, y las propiamente jurídicas. Las primeras están constituidas por aquellos factores culturales, por todas aquellas ideas religiosas, tendencias sociales, económicas, etc., que forjen, en el animo de los gobernantes o legisladores, la creación de un orden de derecho determinado, el cual, de esta guisa, se reputa como un mero producto cultural. tales factores, ideas, tendencias, etc., cuando reflejan ideales éticos, significan una influencia en la voluntad de los forjadores del orden de derecho, en el sentido de proscribir las arbitrariedades, iniquidades e injusticias legislativas, administrativas y judiciales. Las garantías políticas equivalen para Jellinek a un sistema o régimen de competencias y de limitación de poderes entre las distintas autoridades del estado, de tal suerte que cada entidad autoritaria o cada funcionario se ve constreñido a actuar dentro de su órbita competencial creada por la ley. Por ultimo, las garantías jurídicas se traducen para el citado autor en todos aquellos medios de derecho de que el gobernado dispone para proteger sus derechos frente a los gobernantes o autoridades, tales como el juicio de responsabilidad, las instituciones de fiscalización, los recursos legales ante la jurisdicción, etc.*

El Maestro Alberto del Castillo del Valle, proporciona una sencilla y consistente clasificación de las garantías de la siguiente forma:

1.- Clasificación de garantías que atiende al derecho protegido: Esta clasificación atiende específicamente al conjunto de bienes jurídicos o derechos de que es titular todo gobernado y se divide en garantías de libertad, de igualdad, de propiedad, así como garantías de seguridad jurídica. Dependiendo cual sea el derecho tutelado por una garantía,

esta integrara alguna de esas clases, por lo que se debe estudiar el contenido del derecho del hombre tutelado constitucionalmente, y así se tendrán garantías en cada una de esas clasificaciones de acuerdo con el siguiente cuadro genérico:

Garantías de Libertad: Son aquellas en que se le permite hacer algo a todo gobernado, optando este entre dos o mas posibilidades, la que mas le convenga a sus intereses. Así, tenemos que hay libertad ocupacional (artículo 5), libertad de expresión del pensamiento en forma oral o escrita (artículos 6,7,24 y 130), derecho de petición (artículo 8), libertad de reunión y asociación (artículo 9), libertad de portar y poseer armas (artículo 10), libertad de transito (artículo 11) y libertad religiosa (artículo 24).

Garantías de Igualdad: Estas garantías consisten en el derecho que tienen los gobernados al ser considerados en forma idéntica entre todos ellos frente a la ley, la cual, por ende, es de carácter general. La igualdad jurídica implica el trato igual a las personas que se encuentren en una misma condición jurídico-social, siendo estas garantías las siguientes: de titularidad de las garantías por todo gobernado (artículos 1 y 33); la proscripción de la esclavitud y, por ende, el trato idéntico a todos los gobernados (artículo 2); la igualdad jurídica entre el varón y la mujer (artículo 4); la no existencia ni reconocimiento de títulos nobiliarios (artículo 12); la aplicación general de leyes por tribunales generales, aboliéndose los fueros y prerrogativas (artículo 13), y la equidad de trato fiscal (artículo 31 fracción IV).

Garantías de Propiedad: Tales son las que vienen a proteger y salvaguardar este derecho real frente al Estado, asegurándose así el ejercicio de los derechos que se desprenden de la propiedad y que son de uso, disfrute y disposición de un bien por un gobernado ante el Estado y sus autoridades (artículo 27).

Garantías de Seguridad Jurídica: Estas garantías implican que el gobernado no podrá ser afectado en su esfera jurídica por el Estado y sus autoridades en forma arbitraria, sino que

estos deben desarrollar determinadas conductas previstas en la constitución para poder afectarlo o alterarlo en su cumulo de derechos. La seguridad jurídica impone a las autoridades una obligación de hacer, debiendo cumplir con todo lo que les manda la ley (artículos 14 al 23 y 107 fracción XVIII constitucionales).

2.- Clasificación de Garantías de Acuerdo a la Obligación Estatal Correlativa: La Garantía individual impone al Estado y sus autoridades una obligación, la cual puede ser de dos clases: de abstención o no hacer o, por el contrario, una obligación de hacer algo en favor de los gobernados. En el primer caso, se esta frente a garantías materiales (de libertad, igualdad y propiedad), en tanto que las garantías de la segunda clase, son llamadas formales y comprenden a las garantías de seguridad jurídica, en las que las autoridades están obligadas a hacer algo, a desarrollar ciertas conductas en favor de un gobernado previamente a la emisión y/o ejecución de un acto de autoridad que lo lesione en su esfera de derechos.

5.- EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.

ANTECEDENTES EXTRANJEROS:

En este punto -parafraseando al Maestro Don Juventino V. Castro-, expondré el recordatorio de los acontecimientos sociales, políticos y jurídicos que forman los precedentes internacionales de las garantías constitucionales.

Basándome en la obra del Maestro Alberto del Castillo del Valle, entrare al estudio de las garantías que se otorgaron en civilizaciones o pueblos antiguos:

BABILONIA:

No se otorgaron garantías individuales en Babilonia, pueblo donde surge un documento legal llamado código de Hammurabi, dado por uno de sus reyes y que contuvo disposiciones de diversa índole (penal, civil y mercantil), sin que en alguno de sus varios preceptos se resguardaran los derechos del hombre frente a los actos de autoridad. Así pues, en Babilonia, como en la generalidad de los pueblos antiguos, no se consagraron garantías en favor de los gobernados, quienes estuvieron, por ende, a expensas de la voluntad de las autoridades.

PUEBLO HEBREO:

Fundamentalmente se puede y debe aludir a la garantía de audiencia, que se instituyó a fin de permitir a todo individuo su defensa ante los jueces. Estos tuvieron, por virtud de esa garantía individual, una serie de obligaciones que cumplir durante el desarrollo de un juicio, como fue la necesidad de proseguir el mismo en horas diurnas, mas nunca por la noche; ese juicio o proceso debería tramitarse ante el tribunal del Sanedrín, dando al procesado oportunidad de defenderse, oponiendo las excepciones y defensas que mas le convinieran y aportando pruebas. El juicio se tramitaba con base a las leyes procesales y tan solo podían ventilarse controversias entre los miembros del pueblo judío, siendo este su ámbito competencial.

GRECIA:

Para estudiar a Grecia, es necesario establecer que hubieron dos Polis (ciudades) que la conformaron y que fueron Esparta y Atenas, muy disimiles entre si. Sin embargo, en ambas Polis

los gobernados tenían diversas obligaciones frente al estado y sus autoridades, principalmente en Esparta, donde el individuo valía mientras el gobierno lo permitiera.

En Atenas, hubo una libertad factica, que no reconoció alguna norma jurídica; no obstante, dicha libertad pudo ejercitarse y dio como resultado el florecimiento de la cultura.

En realidad, en Grecia no hubo un ordenamiento legal por medio del cual se protegiera al individuo o gobernado frente a las autoridades y los actos de ellas; por lo tanto, el estado pudo actuar siempre en forma arbitraria, sin que el afectado pudiese inconformarse frente a esa actuación para defender sus derechos, por lo que hubo una serie de actos déspotas, sobretodo en Esparta.

.ROMA:

Frente al Estado y sus autoridades no hubo grandes recursos; existió la Intercessio, institución jurídica que consiste en el "veto de leyes" contrarias a los intereses de la clase plebeya y que se ejercitaba por parte del tribunus plebis. Ese veto tenía efectos suspensorios y no anulatorios de la ley.

Para defender al individuo frente a otros individuos que lo privaban de su libertad deambulatorio por falta de cumplimiento de sus deudas, procedía el interdicto de Homine Libero Exhibendo, del que conocía el praetor, sin que este interdicto procediese contra actos de autoridad, por lo que no puede considerarse como un antecedente del amparo mexicano.

Se propone, a continuación, diversos antecedentes internacionales de las edades o épocas media, moderna y contemporánea:

LA CARTA MAGNA INGLESA:

Hauriou, indica, que mediante la Carta Magna el soberano inglés se compromete a la vez a respetar las libertades individuales (seguridad personal, libertad de comercio), a no recaudar tributos que no sean aprobados por el consejo, y a gobernar por gran consejo, es decir, a tener junto así un "consejo común del reino" compuestos de pares laicos y eclesiásticos, pero a través del cual se hallaban validamente representados los súbditos ante el príncipe.

El artículo 29 de este importante documento textualmente dice:

"Ningún hombre libre será detenido ni preso, ni desposeído de su tenencia, de sus libertades o libre usos, ni puesto fuera de la ley, ni exiliado, ni molestado de manera alguna; y no nos pondremos ni haremos poner mano sobre él, a no ser en virtud de un juicio legal de sus pares y según la ley del país".

Lo dispuesto por el numeral 29 de la carta magna en comento, constituye un antecedente de las garantías de audiencia y de legalidad, ya que dispuso que nadie podía ser aprisionado sin que precediera un juicio ante sus pares, es decir, ante sujetos que integran un tribunal y que perteneciesen a la misma clase social que la del procesado (garantía de audiencia), y de acuerdo con las leyes de la tierra, o sea, a las leyes dictadas por los hombres (garantía de legalidad).

Cabe mencionar que las disposiciones de la Carta Magna son ratificadas en el *Petition of Rights* de 1628, y en el *Bill of Rights* de 1689.

El Justicia Mayor de Aragón:

Este surge e impera (como su nombre lo indica) en el Reino de Aragón, de la España medieval, cuya función primordial fue la de garantizar las concesiones reales, tener continuidad como garante de los derechos fundados en los fueros, y **garantiza la integridad de los derechos fundamentales por proceso judicial.**

Víctor Fairen Guillen recuerda un importante texto del año 683, en el VIII Concilio de Toledo, que en su canon 2 preceptua que nadie puede ser privado de sus honores, detenido, atormentado o condenado a muerte por ninguna institución del estado sin tener pruebas claras y evidentes. También se refiere a la protección contra el encarcelamiento, en los fueros de Najera, Jaca (año 1064), Tudela, Zaragoza y Daroca (año 1142) en que se hallan disposiciones sobre la libertad bajo fianza. Y expresa: "Pero la protección judicial como garantía del derecho de libertad dejando aparte el supuesto fuero de sobrarbe, aparece en Aragón con la figura del justicia como juez medio entre el rey y sus vasallos, en el fuero de ejea de 1265, ampliándose a todos ellos, sin distinción entre nobleza y estado llano en 1283. En su concepto la combinación de estas normas permiten asentar la existencia legal del principio-garantía del proceso legal ante el juez competente."²⁸

Como resumen de sus exámenes, Fairen Guillen concluye: "Así el problema fundamental de garantizar las concesiones reales, resuelto en Inglaterra por la creación, en la carta magna, del tribunal de 25 barones, se resuelve en Aragón posiblemente mas tarde -de modo fidedigno en las Cortes de Ejea, de 1265- con la aparición del Justicia Mayor como juez medio.

El justicia Mayor de Aragón conoció del recurso medieval de la **Manifestación de la Persona**, el cual era la institución mediante la cual se resolvía sobre la detención de un gobernado por parte del rey o sus subordinados, determinándose sobre la legalidad de la detención. Durante

²⁸ Antecedentes Aragonese de los Juicios de Amparo. México, 1971.

la substanciación del recurso, ponía al gobernado afectado depositado y asegurado en la cárcel de los manifestados, con residencia en Zaragoza. El Justicia Mayor resolvía si era legal o no la detención y conforme a ello dejaba en libertad al afectado o lo ponía a disposición de la autoridad aprehensora. La importancia de esta recurso radica, en concreto, en que el mismo significa el primer medio protector de la libertad locomotora del hombre frente a autoridades públicas en la historia universal y representa un claro antecedente del amparo penal mexicano.²⁹

COLONIAS INGLESA DE NORTEAMÉRICA:

Los inmigrantes ingleses trajeron a América la tradición jurídica del Common Law de espíritu libertario. Pero para fundar una colonia inglesa en América se requería una autorización del soberano inglés, mediante la expedición de un documento que establecía las reglas de gobierno, y en el cual se concedía igualmente amplia autoridad y autonomía en cuanto a su régimen interior. Estos documentos recibieron el nombre de cartas. Las principales cartas de las trece colonias inglesas que habían de convertirse posteriormente en los Estados Unidos de América, son las de Connecticut (1662), Rhode Island (1663), Virginia, Pennsylvania, Maryland y Carolina del Norte (1776), Vermont (1777), Massachusetts (1780) y New Hampshire (1783). de entre todas esas cartas debe destacarse la de Virginia, en donde se incluye por primera vez un catalogo de derechos (Bill of Rights), en que se establecen las prerrogativas del gobernado frente al poder público. En cualquier forma, todas estas cartas son claros antecedentes de garantías constitucionales -a la manera moderna-, porque establecían derechos fundamentales para los habitantes de las colonias, y porque trascendieron a las enmiendas de la constitución americana que debía regir a los territorios separados de la metrópoli.³⁰

²⁹ Castillo del Valle Alberto del, Op. cit. p. 12

³⁰ Castro Juventino V., Op. cit. p. 6

Los establecimientos ingleses de América del norte, según nos recuerda Hauriou, lucharon al lado de la corona contra los franceses del Canadá, lo que motivo fuertes lazos de solidaridad entre ellos. Pero habiéndole resultado muy onerosa dicha guerra a Inglaterra, esta quiso aumentar el rendimiento de sus posesiones para disminuir la carga que todo ello represento para el contribuyente ingles. Como Inglaterra se había reservado el derecho de votar las leyes fiscales - así como otras diversas-, las colonias americanas, descontentas por las reformas tributarias establecidas por el parlamento ingles, se reunieron en un congreso que encabezo Massachusetts, en 1765, para redactar una declaración de derechos y una petición al rey para obtener el beneficio para los colonos americanos de no ser gravados mas que por tasas que ellos mismos hubiesen consentido previamente. No se accede a la petición de las colonias inglesas y, después de varios incidentes graves, se llega al conflicto armado que llevo al pueblo norteamericano a la victoria que plasmo los propósitos de la declaración de independendencia de 4 de julio de 1776, redactada por Jefferson. Debe subrayarse, de todas las consideraciones anteriores, relativas a la normatividad que se impone a las colonias inglesas en América, que ocurre una transformación de objetivación de la normatividad jurídica que será fundamental en la vida constitucional de ese país que se independiza de la metrópoli europea. Para decirlo con las propias palabras de Hauriou: "La misma organización de las colonias les inclina a habituarse al derecho escrito, en oposición a la tradición inglesa de las reglas no escritas y consuetudinarias".³¹

Estados Unidos de Norteamérica:

Cuando los Estados Unidos de América promulgan el 17 de septiembre de 1787 su Constitución Federal, previamente sometida a la consideración de los estados particulares en convenios locales, no se incluye en ella una enumeración de las garantías constitucionales. Desde el mismo momento en que se ideaba a la Confederación como sistema que debía regir al nuevo país, ya se programaba que al final se debía derivar hacia una federación, por lo que no se

³¹ Ibidem, pp. 6-7.

considero necesario incluir en el proyecto de Constitución --que al fin fue aprobado--, el ahora conocido catalogo de derechos que se reconocen a la persona humana (bill of rights), y excepcionalmente solo a los ciudadanos, porque se entendía que existiendo estas garantías en las cartas de cada una de las antiguas colonias --que en lo general continuaban en vigor--, no resultaba indispensables duplicarlas en el estatuto común. Es por ello --y ante la falta de este catalogo--, que en el año de 1791 se hace necesario expedir diez enmiendas a la Constitución, que contienen precisamente los primeros enunciados obligatorios de Garantías Constitucionales, que se han incorporado al régimen constitucional norteamericano. Es a partir de 1865 cuando se decretan otras enmiendas mas --consecuencia de la guerra civil que en esas fechas ocurrió en dicho país--, y que contemplan el cuadro de garantías constitucionales de los Estados Unidos de América. La Constitución Norteamericana tiene una gran resonancia mundial y precede a las disposiciones constitucionales francesas, que es otro de los focos luminosos del constitucionalismo en la época moderna".³²

La Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

En 1789, y como corolario de la Revolución Francesa, se expide la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en donde se contienen las garantías individuales que establecen numerosas y fundamentales libertades, posteriormente adoptadas por las constituciones modernas. Sin embargo, la primera constitución francesa se expide hasta 1791, ya que la declaración constituye simplemente el ideario revolucionario, pero no contiene las disposiciones para la organización del estado francés. Hauriou, nos hace la siguiente reflexión: "La declaración francesa de 1789 no es, sin embargo, una novedad absoluta. La primera declaración de derechos de la época es la del estado de Virginia, de 12 de junio de 1776. Pero la constitución

³² *Ibidem*, pp.7 - 8.

americana de 1787 no la contenía y la resonancia mundial corresponde a la declaración francesa³³.

En cualquier forma, los movimientos tanto americano como francés, que ocurren casi en las mismas fechas --y que forzosamente debe considerarse se inspiran mutuamente--, son a su vez la fuente de las constituciones modernas en lo general, y muy especialmente en lo que se refiere a los enunciados de las garantías constitucionales, las que ya no pueden faltar desde entonces en las sucesivas constituciones, principalmente en los países que logran posteriormente a esos movimientos su independencia, ya sea por medio de revoluciones, o bien por pactos o convenios con los países colonialistas que los formaron.³⁴

ANTECEDENTES NACIONALES:

El Maestro Ignacio Burgoa nos indica que la situación del gobernado en nuestro país podemos estudiarla y dividirla a través de las tres etapas fundamentales en que suele dividirse su historia, a saber: la prehispánica, la colonial y la independiente.

A.- LA ETAPA PREHISPANICA:

No es dable descubrir en la época precolombina y en los pueblos que habitaron el territorio que comprende actualmente la república mexicana ninguna institución, consuetudinaria o de derecho escrito que acuse una antecedencia de las garantías individuales que se consagraron, con diversas modalidades, en casi todas las constituciones que nos rigieron a partir de la consumación de la independencia. En efecto, los regímenes sociales en que estaban estructurados los principales pueblos prehispánicos se vaciaron en formas primitivas y rudimentarias, conforme a

³³ Ibidem, p. 8.

³⁴ Ibidem, p. 8

las cuales la autoridad suprema, con facultades omnimodas, era el rey o emperador, nombre que, por una especie de proyección conceptual política, se ha estilado adscribir a los jefes máximos de tales pueblos. El Derecho Publico, entendiendo por tal conjunto de normas que organizan a un estado y que definen y regulan las relaciones entre las diversas autoridades estatales y entre estas y los gobernados, en los regímenes precoloniales se traducía en un cumulo de reglas consuetudinarias que establecían la manera de designar al jefe supremo (designación que se llevaba a cabo generalmente por elección indirecta, siendo los electores los mismos jefes secundarios o los ancianos) así como en una especie de conciencia jurídica que, atendiendo sobretudo a factores religiosos, consideraba al soberano investido de un poder ilimitado. Bien es cierto que en algunos pueblos existían consejos de ancianos y sacerdotes que aconsejaban al jefe supremo en las cuestiones trascendentales para la vida publica; pero también es verdad que este no estaba constreñido u obligado coactivamente a acatar las opiniones en que dicha función consultora se manifestaba. Tales circunstancias nos inducen a creer que en los regímenes políticos y sociales primitivos el gobernado no era titular de ningún derecho frente al gobernante, resultando aventurado tratar de descubrir en ellos algún precedente de nuestras actuales garantías individuales. Esta afirmación, desde luego, no implica que dentro de los pueblos que vivieron en el territorio nacional antes de la conquista no haya habido ningún derecho consuetudinario, pues, por el contrario, existía entre ellos un conjunto de practicas que regulaban las relaciones propiamente civiles entre los miembros de la comunidad y fijaban cierta penalidad para hechos considerados como delictuosos, quedando la observación de tales practicas, en el terreno contencioso, al criterio o arbitrio del jefe supremo, a quien en la administración de justicia ayudaban diversos funcionarios en cuya actuación algunos historiadores, entre ellos Francisco Pimentel, Alfredo Chavero, Vicente Riva Palacio y José María Vigil, estiman encontrar un régimen de protección al gobernado semejante al que caracterizaba las funciones del Justicia Mayor en Castilla y Aragón.

B.- LA ETAPA COLONIAL:

En la Nueva España el derecho colonial se integro con el derecho español propiamente dicho en sus formas legal y consuetudinaria, y por las costumbre indígenas, principalmente. al consumarse la conquista de México y al iniciar la colonización de las tierras recién dominadas, la penetración jurídica española se encontró en un conjunto de hechos y practicas sociales autóctonas, las cuales, lejos de desaparecer y quedar eliminadas por el derecho peninsular, fueron consolidadas por diversas disposiciones reales y posteriormente por la recopilación de leyes de indias de 1681, que autorizaba su validez en todo aquello que no fuesen incompatibles con los principios morales y religiosos que informaban al derecho español. Así, pues, en la Nueva España estuvo vigente en primer termino la legislación dictadas exclusivamente para las colonias de América, dentro de la que ocupan un lugar preeminente las celebres Leyes de Indias, verdadera síntesis del derecho hispánico y las costumbres jurídicas aborígenes. Por otra parte, las leyes de Castilla tenían también aplicación en la Nueva España con un carácter supletorio, pues la recopilación de 1681 dispuso que en todo lo que no estuviere ordenado en particular para las indias, se aplicaran las leyes citadas.

En el orden político, la autoridad suprema en las colonias españolas de América era el mismo Rey de España, quien estaba representado por virreyes o capitanes generales, según la importancia de la colonia de que se tratase. El monarca español, como sucede en todos lo regímenes absolutos concentraba en su persona las tres funciones en que se desarrolla la actividad integral del estado, pues además de ser el supremo administrador publico, era legislador y juez. Todos los actos ejecutivos, todas las leyes y los fallos se desempeñaban, expedían y pronunciaban en nombre del Rey de España, quien, en el ámbito judicial, delegaba sus atribuciones propias inherentes a su soberanía en tribunales que el mismo nombraba.

El derecho español positivo y, sobretudo, el colonial, tenía la pretensión de ser eminentemente realista. Ninguna ordenanza debía expedir el monarca sin estar debidamente enterado acerca de su conveniencia objetiva, de tal suerte que lo que debía determinar la promulgación de cualquier ley, o inclusive su abrogación, era una motivación integrada por elementos y factores propios de la realidad social para la que estaba destinada o que fuesen incompatibles con ella. Bajo esos auspicios, y con el fin primordial de garantizar el realismo jurídico, se creó el llamado Consejo de Indias, organismo que, aparte de las funciones propias que se le adscribieron en lo tocante a todos los asuntos de las colonias españolas en América, actuaba como consultor del Rey en las cuestiones que a estas interesaban.

Persiguiendo el objeto de unificar todas las disposiciones que bajo distintas formas preceptivas se dictaron para los dominios españoles en América, el Rey Carlos II, en 1681, y por sugerencia de dicho consejo, ordenó la conjunción de ellas en un código que se conoce con el nombre de recopilación de leyes de indias.

En un régimen jurídico-político como el español, y por extensión, como el de la Nueva España, en el que la autoridad suprema del Rey descansaba sobre el principio de origen divino de la investidura soberana de los monarcas. Sin embargo, el absolutismo de los reyes de España, en cuanto al ejercicio de sus funciones gubernativas en las indias, y a pesar de que su propia naturaleza político-jurídica traduce ausencia de barreras legales que detuviesen la actuación del soberano frente a sus súbditos, siempre se vio suavizado por los principios morales y religiosos derivados de los postulados cristianos, pues bajo el designio de cumplir con las enseñanzas evangélicas, los monarcas españoles generalmente se inspiraron en móviles humanitarios y piadosos para desempeñar su función legislativa, y prueba de ello es que en múltiples prescripciones de las leyes de indias se encuentra esa tendencia en beneficio del aborigen, y la cual, al adoptar formas preceptivas de un sistema legal, produjo como resultado, a través del tiempo, una especie de psicosis de inferioridad en la población indígena que, a pesar de haber

estado jurídicamente protegida, en la realidad era vejada de diferentes maneras por españoles, criollos y mestizos.

Es en las Leyes de Indias donde podemos encontrar la fuente primordial del derecho neo-español, pues en ellas están recopiladas las disposiciones reales que bajo distintas formas rigieron múltiples aspectos de la vida colonial hasta 1681. Siguiendo la usanza de la generalidad de los ordenamientos españoles, a dichas leyes, compiladas por el Rey Carlos II, se las debe reputar como un código omni-compreensivo, o sea, como un cuerpo legal regulador de variadas materias jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado, tales como las concernientes a la santa fe católica, al patrimonio real, a los tribunales del santo oficio, a los colegios y seminarios, al consejo de indias, a las audiencias, a los virreyes, al comercio y a los juicios.

LA ETAPA INDEPENDIENTE:

" LA FELICIDAD DEL PUEBLO Y DE CADA UNO DE LOS CIUDADANOS, CONSISTE EN EL GOCE DE LA IGUALDAD, SEGURIDAD, PROPIEDAD Y LIBERTAD. LA INTEGRA CONSERVACIÓN DE ESOS DERECHOS ES EL OBJETO DE LA INSTITUCIÓN DE LOS GOBIERNOS Y EL ÚNICO FIN DE LAS ASOCIACIONES POLÍTICAS". ART. 24 DE LA CONSTITUCIÓN DE APATZINGAN.

La Emancipación Política de la Nueva España comenzó a prepararse varios años antes de que Don Miguel Hidalgo y Costilla lanzara el grito de la insurgencia en el pueblo de Dolores. La invasión napoleónica de España y los sucesos políticos que ella produjo, entre los que destacaba la abdicación de Carlos IV, por una parte, y la indiscutible influencia que sobre el pensamiento jurídico-filosofico de la época ejercieron los principios que se sustentaban en el ideario de la Revolución Francesa, sobre todo los que conciernen a la soberanía popular, por otro lado, suscitaron en la Nueva España la tendencia a establecer entre las colonias españolas de América y la metrópoli una situación política igualitaria.

A.- CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ: El 18 de marzo de 1812 se expidió por las cortes generales y extraordinarias de la nación española la primera Constitución Monárquica de España y cuyo ordenamiento puede decirse que estuvo vigente en México hasta la consumación de su independencia registrada el 27 de septiembre de 1821 con la entrada del llamado "Ejército Trigarante" a la antigua capital neo-española. Dicho documento suprimió las desigualdades que existían entre peninsulares, criollos, mestizos, indios y demás sujetos de diferente extracción racial, al reputar como "españoles" a "todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las españas", o sea, en todos los territorios sujetos al Imperio de España.

El régimen jurídico-político de la Nueva España experimento un cambio radical con la expedición de la Constitución de Cádiz de 1812, confeccionada bajo la influencia de las corrientes ideológicas que dejaron un sello preceptivo indeleble en la declaración francesa de 1789. Fue así como en la primera carta constitucional española propiamente dicha, se consagraron los principios torales sobre los que se levanto el edificio del constitucionalismo moderno, tales como el de soberanía popular, el de división o separación de poderes y el de limitación normativa de la actuación de las autoridades estatales. Por tanto, a virtud de la constitución de 1812, España deja de ser un estado absolutista para convertirse en una monarquía constitucional; al rey se le despoja del carácter de soberano ungido por la voluntad divina, para considerarlo como mero depositario del poder estatal cuyo titular es el pueblo, reduciendo su potestad gubernativa a las funciones administrativas, y diferenciando claramente estas de las legislativas y jurisdiccionales, que se confiaron a las cortes y a los tribunales respectivamente.

B.- BANDO DE HIDALGO DEL 6 DE DICIEMBRE DE 1810: A pesar de que el movimiento iniciado por Don Miguel Hidalgo y Costilla en sus albores parecía dirigirse contra "el mal gobierno" proclamando a Fernando VII como gobernante legítimo, a medida que se fue extendiendo adquirió impulsos legislativos, que, no obstante su desarticulación, es decir, aunque no se hayan traducido en un documento unitario y sistemático, tuvieron como resultado la

expedición de diferentes decretos o bandos que denotaron una manifestación clara de las tendencias ideológicas de los insurgentes. Entre ellos, sin duda alguna el mas importante fue el que declaro abolida la esclavitud y suprimida toda exacción que pesaba sobre las castas expedido por Hidalgo el 6 de diciembre de 1810.

C.- JOSÉ MARÍA MORELOS Y EL ACTA SOLEMNE DE LA DECLARACIÓN DE LA INDEPENDENCIA DE AMÉRICA SEPTENTRIONAL: Bajo los auspicios del Señor Cura Don José María Morelos y Pavón, se formo una especie de asamblea constituyente denominada Congreso de Anahuac, que el 6 de noviembre de 1813 expidió el acta solemne de la declaración de la independencia de América septentrional, en la que se declaro la disolución definitiva del vinculo de dependencia con el trono español.

D.- CONSTITUCIÓN DE APATZINGAN: El 22 de octubre de 1814, el Congreso de Anahuac expide un trascendental documento jurídico-político llamado decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana, conocido comúnmente con el nombre de Constitución de Apatzingan, por haber sido en esta población donde se sanciono.

La Constitución de Apatzingan contiene un capitulo especial dedicado a las garantías individuales. en su articulo 24, que es el precepto que encabeza el capitulo 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 esta concebido dicho articulo, podemos inferir que la constitución de APATZINGAN reputaba a los derechos del hombre o garantías individuales como elementos insuperables por el poder publico, que siempre debía 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, gobierno, en ejercicio del poder publico, debe considerarlos intangibles, pues su protección no es sino la única finalidad del estado.

E.- ACTA CONSTITUTIVA DE LA FEDERACIÓN DEL 31 DE ENERO DE 1824: Este documento jurídico-político reviste gran interés, en virtud de que en el 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 esta 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 mas conveniente para su conservación y mayor prosperidad..." (art.3); que el poder supremo de la federación se divide para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial y que jamas podrán reunirse dos o mas 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).

F.- CONSTITUCIÓN FEDERAL DEL 4 DE DICIEMBRE DE 1824: Los lineamientos generales del Acta Constitutiva de la Federación se adoptan por nuestra primera ley fundamental, La Constitución Federal de 4 de octubre de 1824. Varias expresiones normativas que se contienen en dicha constitución se incorporan a las leyes supremas federales de 1857 y de 1917, lo que da idea de la atingencia conceptual de aquellas. Conforme a ella el Poder Legislativo Federal se deposita en un Congreso General compuesto de dos cámaras, la de Diputados y la Senadores (art. 7); el Poder Ejecutivo de encomienda a un individuo llamado "Presidente de los Estados Unidos Mexicanos", y en caso de que la persona que encarne este alto cargo se encontrare imposibilitada "física o moralmente" para desempeñarlo, las funciones respectivas las asumirá el Vicepresidente de la República (art. 74 y 75). En cuanto al Poder Judicial de la Federación, la Constitución de 1824 lo deposita en una Corte Suprema de Justicia, en los Tribunales de Circuito y los Jueces de Distrito (art. 123). Bajo el titulo de "reglas generales a que se sujetara en todos los estados y territorios de la federación la administración de justicia", se comprenden diferentes garantías de seguridad jurídica en favor del gobernado, tales como la prohibición de penas trascendentales, la de confiscación de bienes; los juicios por comisión, la aplicación retroactiva de

las leyes, la abolición de los tormentos y la de legalidad de los actos de detención y de registro casas, papeles "u otros efectos de los habitantes de la república" (arts. 145 a 156).

G.- LEYES CENTRALISTAS DE 1836: Las siete leyes que formaron la primera Constitución centralista del país, tuvieron una vigencia del año de 1836 al de 1841 y fueron durante ese período el estatuto fundamental de nuestra organización política.

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 solo podría llevarse a cabo cuando lo exigiera la publica utilidad. Además, en la propia 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.

H.- BASES ORGÁNICAS DE 1843: El 13 de junio de 1843, el General Antonio López de Santa Anna, Presidente provisional de la República, anuncio la expedición de las llamadas Bases Orgánicas de Organización Política de la República Mexicana. Este ordenamiento, reitero el régimen central implantado por la constitución de 1836. Adopto el principio de la separación o división de poderes, depositando el Legislativo en dos cámaras, una de Diputados y otra de Senadores (estos últimos elegibles por las asambleas departamentales, por la cámara de diputados, por el presidente de la república y por la suprema corte de justicia) (art. 32); el Ejecutivo en un Magistrado (presidente de la república) cuyas funciones durarían cinco años; y el Judicial en una Suprema Corte de Justicia, en los tribunales superiores y jueces inferiores de los departamentos. Por lo que concierne a las garantías del gobernado, las bases orgánicas de 1843 superaron a las constituciones de 1824 y de 1836, al contener en un capitulo explícito y de manera

mas completa que en estos dos últimos ordenamientos, un cuadro general de los derechos "de los Habitantes de la República" (arts. 7 a 10).

I.- ACTA DE REFORMAS DE 1847: Las prescripciones mas importantes del acta de reformas de 1847 fueron las siguientes: declaración de que una ley secundaria fijaría las garantías de libertad, seguridad, propiedad e igualdad en favor de todos los habitantes de la república (art. 5); supresión de la vicepresidencia (art. 15); establecimiento del principio de facultades expresas para los poderes de la unión, sin que se entendieran permitidas otras por falta de expresa restricción (art. 21); institución del juicio de amparo para proteger a cualquier habitante de la república, en el ejercicio y conservación de los derechos concedidos constitucional y legalmente contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo de la federación o de los estados (art. 25); potestad para el congreso general o las legislaturas locales, a fin de que pudiesen declarar anticonstitucionales, respectivamente, las leyes de las entidades federativas o las federales.

J.- PLAN DE AYUTLA: La proclamación del Plan de Ayutla se revela en la historia de nuestro país como un acontecimiento iniciador de una autentica revolución que culmino con la expedición de la Constitución Federal de 1857. La motivación del plan de ayutla se tradujo no solo en el designio de suprimir la dictadura de Santa Anna, sino en la tendencia para estructurar a México de una manera estable desde el punto de vista jurídico y político. No se pretendió, a través de el, simplemente substituir un gobierno por otro mediante un mero cambio de los detentadores del poder (fenómeno este que abunda en nuestra historia), sino establecer un orden constitucional que garantizara la permanencia de la vida institucional de la República.

Uno de los atributos del Plan de Ayutla fue el de pugnar por la organización estable y duradera del país mediante el establecimiento de un orden constitucional bajo la forma de República, Representativa y Popular, y sobre la base del respeto inviolable de las garantías individuales, disponiendo la formación de un gobierno provisional para que promoviera la

prosperidad, engrandecimiento y progreso de la patria, así como la convocación a un congreso extraordinario para que expidiera para México una Constitución.

M.- LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1857: Esta Carta Magna implanta el liberalismo e individualismo como regímenes de relaciones entre el estado y sus miembros. Puede afirmarse, pues, que dicha Constitución fue el reflejo autentico de las doctrinas imperantes en la época de su promulgación, principalmente en Francia, para las que el individuo y sus derechos eran el primordial, si no el único, objeto de las instituciones sociales, que siempre debían respetarlos como elementos superestatales.

Las posturas estatales individualista y liberal, derivan del articulado de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y se encuentran plasmados en nuestra Constitución Federal de 1857, cuyo artículo primero dispone: "El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. en conciencia, declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente constitución". Así pues, se percata que la constitución política de 1857, se considero fiel a la tesis individualista, ya que considera que los derechos del hombre no solo son el objeto de las instituciones jurídicas, sino su base misma.

Pero, además, la Constitución de 1857 no solo adopta una posición francamente individualista en los términos ya apuntados, sino que implanta también el liberalismo como régimen de relaciones entre el estado y los gobernados.

En efecto, de la segunda parte del artículo primero se desprende que toda autoridad debe respetar y sostener las garantías individuales, y en la exposición de motivos relativa se expresa: "el congreso estimo como base de toda prosperidad, de todo engrandecimiento, la unidad nacional; y, por tanto, se ha empeñado en que las instituciones sean un vehículo de fraternidad, un medio seguro de llegar a establecer armonías, y ha procurador alejar cuanto producir choques y

resistencias, colisiones y conflictos, lo cual viene a indicar, sin dejar lugar a dudas, que al Estado se reputo como un mero vigilante de las relaciones entre particulares, cuya injerencia surge cuando el desenfrenado desarrollo de la libertad individual acarrea disturbios en la convivencia social.

En cuanto a los derechos individuales públicos específicos, la constitución de 1857 proclama los mismos que la constitución vigente, dentro de los cuales sobresalen por su singular importancia los contenidos en los artículos 14 y 16 constitucionales.

N.- LAS SIMILITUDES Y DIFERENCIAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1857 Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA VIGENTE DE 1917: La Constitución vigente se aparta de la doctrina individualista, pues a diferencia de la de 1857, ya no considera los derechos del hombre como la base y objeto de las instituciones sociales, sino que los reputa como un conjunto de garantías individuales que el estado concede u otorga a los gobernados. El individualismo adoptado en el ordenamiento constitucional próximo anterior, establece que los derechos del hombre, inherentes e inseparables de su personalidad, son supraestatales, es decir, que están por encima de todo orden creado por el estado, el que, por ende, debe siempre respetarlos y convertirlos en el objeto y base de sus instituciones. Contrariamente a la tesis individualista, nuestra Constitución de 1917 ya no hace figurar a los derechos del hombre como el exclusivo contenido de los fines estatales, sino que, considerando que el pueblo constituido políticamente en estado es el único depositario del poder soberano, ha expresado en su artículo primero que las garantías individuales son instituidas o creadas por el orden jurídico constitucional. Dice textualmente el mencionado precepto: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozara de las garantías que otorga esta constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece".

Lejos de sustentar nuestra Ley Fundamental la tesis individualista, se inclina mas bien hacia la teoría Rousseauiana, que asevera que las garantías de que pueden gozar los individuos

frente al poder publico son otorgados a estos por la propia sociedad, única titular de la soberanía, en virtud de la renuncia de sus prerrogativas, hecha por sus miembros, las cuales son posteriormente restituidas al sujeto, pero no como una necesidad derivada de una imprescindible obligatoriedad, sino como una gracia o concesión. A pesar de lo anterior, Don Venustiano Carranza y los Constituyentes de 1917 no pusieron en duda, que el hombre tiene derechos y que esos derechos deben ser garantizados por la constitución, es mas, introdujeron al ordenamiento constitucional garantías de carácter social.

Una de las diferencias mas importantes, entre las cartas magnas en comento, la constituye, que la Constitución de 1857 únicamente consagraba garantías individuales como medios reconocitivos y protectores de los derechos del hombre; mientras que la Constitución vigente de 1917, consigan, además, las llamadas garantías sociales, o sea, un conjunto de derechos otorgados a determinadas clases sociales que propenden a consolidar su situación económica primordialmente. Esos derechos sociales se contienen sobretodo en los artículos 27 y 123 constitucionales, preceptos que cristalizan las aspiraciones revolucionarias fundamentales, consistentes en resolver, en beneficio de las masas desvalidas, los problemas obrero y agrario.³⁵

³⁵ Burgoa Orihuela Ignacio, Op. cit. pp. 113 - 153.

CAPITULO SEGUNDO.

EL DERECHO PENAL, EL CONCEPTO DEL CUERPO DEL DELITO, EL TIPO PENAL, Y EL DESARROLLO DE LA TEORÍA DEL DELITO.

"EL DERECHO TIENE COMO FINALIDAD ENCAUZAR LA CONDUCTA HUMANA PARA HACER POSIBLE LA VIDA GREGARIA; MANIFESTARSE COMO UN CONJUNTO DE NORMAS QUE RIGEN LA CONDUCTA EXTERNA DE LOS HOMBRES EN SOCIEDAD, LAS CUALES PUEDEN IMPONERSE A SUS DESTINATARIOS MEDIANTE EL EMPLEO DE LA FUERZA DE QUE DISPONE EL ESTADO".- LIC. FERNANDO CASTELLANOS TENA.

1.- DERECHO PENAL: IMPORTANCIA Y NECESIDAD, DENOMINACIÓN Y CONCEPTO, DERECHO PENAL SUBJETIVO, DERECHO PENAL OBJETIVO, CARACTERES, TITULAR Y DESTINATARIOS.

IMPORTANCIA Y NECESIDAD DEL DERECHO PENAL.

Se ha expresado: no es sino la sistematización del ejercicio del poder coactivo del Estado, mas indudablemente tal sistematización debe inspirarse en ideas del mas alto valor ético y cultural para realizar su fin primordial, de carácter mediato: la paz y seguridad sociales. Todos los intereses que el Derecho intenta proteger son de importancia incalculable; sin embargo, de entre

ellos hay algunos cuya tutela debe ser asegurada a toda costa, por ser fundamentales en determinado tiempo y lugar para garantizar la supervivencia misma del orden social. Para lograr tal fin, el Estado esta naturalmente facultado y obligado a la vez, a valerse de los medios adecuados, originándose así la necesidad y justificación del Derecho Penal que, por su naturaleza esencialmente punitiva, es capaz de crear y conservar el orden social.³⁶

En el frondoso árbol del derecho, cuyas ramas son todas importantes, el Derecho Penal ocupa un lugar preponderante, principalmente por tratarse de una parcela jurídica que afecta los bienes indispensables para la convivencia social. En estas condiciones, todos los aspectos del desenvolvimiento del Derecho Penal adquieren una relevancia especial, así el entorno sociológico, las bases culturales, las condiciones económicas, el sistema político en que se ubica, todo ello influye y, a su vez es influido por las normas juridico-penales. Por otra parte, entre los bienes protegidos penalmente se encuentran los mas preciados para el ser humano, como la vida, la integridad corporal, la libertad, la dignidad, la reputación, el patrimonio, etc. De lo anterior se deriva que la rama juridico-penal resulta indispensable en el acervo de conocimientos de cualquier profesional del Derecho.³⁷

DENOMINACIÓN Y CONCEPTUALIZACION DEL DERECHO PENAL.

DENOMINACIÓN: El jurista Luis Jiménez de Asua expone en su obra "Principios de Derecho Penal: La Ley y el Delito" que nuestra disciplina ha recibido distintas denominaciones. En Alemania fue llamada antiguamente PEINLICHES RECHT (Derecho Penal). Así la designaron Engelhard, Kleinschrod, Fevrbach, Savigny, Kostlin y Zumptt. Sin embargo estos cuatro últimos también le dieron el titulo de KRIMMAL RECHT (Derecho Criminal). Actualmente hay en Alemania completa unanimidad en denominarlo Derecho Penal. En Italia emplean la expresión

³⁶ Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa, 32 ed., Mexico, 1993, pp. 17 - 18.

³⁷ Marquez Piñero Rafael, Derecho Penal: Parte General, Ed. Trillas, cuarta ed., México, 1997, p. 13.

Diritto Pénale, aunque los positivistas prefieren denominarle Diritto Criminale, para eliminar la palabra penal, que reemplazan por sanción. En Francia esta equilibrado el empleo de Droit Penal y de Droit Criminel, en tanto que en España y en los países hispanoamericanos se le denomina Derecho Penal. No han faltado autores que emplean expresiones mas o menos extravagantes para nombrar a nuestra disciplina. Así, por ejemplo, Puglia la llamo Derecho Represivo; Luca, Principios de Criminología; Dorado Montero, Derecho Protector de los Criminales. Ahora se usa en algunos códigos hispanoamericanos el titulo que le dio al de Cuba su autor, José Agustín Martínez: Código de defensa social. De el tomaron tal nombre los códigos de los estados de Chihuahua, Yucatán y Veracruz.

DEFINICIONES: Muchas definiciones se han dado de nuestra disciplina. De carácter subjetivo, unas, y de índole objetiva, las otras. Pertenecen al primer grupo las que nos ofrecieron Berner y Brusa: La ciencia que funda y determina el ejercicio del poder punitivo del estado. De carácter objetivo son las dadas por Renazzi, Tancredo Canónico, Holtzendorff: Conjunto de normas que regulan el derecho punitivo. En esta clase pueden ser incluidas tambien las de Fran Von Litzl, Prins, Garraud, etc. : Conjunto de normas que asocian al crimen como hecho, la pena como legitima consecuencia.

El estudio del delincuente y de las medidas asegurativas amplio el concepto de nuestra rama jurídica. Alimena menciono aquel y Mayer nos habla de estas ultimas, incluyendo en su definición "otros medios de lucha contra el crimen". Igual hace Mezger, que pone una coletilla a la definición del Derecho Penal, en que no solo habla de pena, para comprender otras medida que tienen por fin prevenir los delitos.

Don Luis Jiménez de Asua nos conceptualiza al derecho penal de la siguiente forma: Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal

así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.

El Maestro Rafael Marquez Piñeiro expone en su obra que "para definir lo que constituye la esencia del Derecho Penal, hemos de señalar que es ante todo, un conjunto de normas jurídicas que describen las conductas constitutivas de delito, establecen las penas aplicables a las mismas, indican las medidas de seguridad y señalan las formas de su aplicación.

Pavón Vasconcelos conceptúa el Derecho Penal como el conjunto de normas jurídicas, de derecho publico interno que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social.³⁸

Maggiore, establece que el Derecho Penal es la rama del Derecho Publico interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tienen por objetivo inmediato la creación y la conservación del orden social.³⁹

DERECHO PENAL SUBJETIVO Y DERECHO PENAL OBJETIVO.

En los tratados de Derecho, este se divide en subjetivo y en objetivo. El primero consiste en la facultad de hacer o no hacer una cosa; el segundo es "ley, regla o norma que nos manda, que nos permite o que nos prohíbe.

En nuestra disciplina, el Derecho Subjetivo sería el *ius Puniendi*, que resulta limitado por las propias leyes que los estados dictan. Esto es así en garantía de la libertad, ya que las

³⁸ Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México, 1974, p.11

³⁹ Maggiore, Derecho Penal, I, Ed. Temis, Bogotá, 1954, p.3

actividades estatales han quedado, por lo mismo, concretadas a lo que la ley establece: Nullum Crimen, Nulla Poena sine Lege.

El Derecho Penal, en sentido objetivo, dice Cuello Calón, es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el estado, que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados. Para Pesina es el conjunto de principios relativos al castigo del delito; Von Litz lo define como el sistema de normas establecidas por el Estado, que asocia al crimen como hecho, la pena como legítima consecuencia. Raúl Carranca y Trujillo estima que el Derecho Penal, objetivamente considerado, es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación.

En sentido subjetivo, el Derecho Penal se identifica con el *Ius Puniendi*: es el derecho a castigar, y consiste en la facultad del Estado (mediante leyes) de conminar la realización del delito con penas, y, en su caso, imponerlas y ejecutarlas. Para Cuello Calón es el derecho del Estado para determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad. Difiere del anterior criterio Julio Klein, para quien la sanción penal no es un derecho, sino un deber del Estado; el único deber ser que se contienen en la norma primaria penal.

El Maestro Castellanos Tena, expone que el derecho penal subjetivo, es el conjunto de atribuciones del Estado, emanadas de normas, para determinar los casos en que se deben imponer las penas y las medidas de seguridad.

CARACTERES DEL DERECHO PENAL.

El Derecho Penal es un derecho público, normativo, valorativo y finalista, que tiene a la norma y al bien jurídico como polos de su eje y cuya naturaleza es eminentemente sancionadora.

Derecho Publico; el derecho penal es un derecho publico porque el estado es capaz de crear normas que definen delitos y que impongan sanciones: Nullum Crimen, Nulla Poena sine Lege.

Es Normativo, ya que el derecho como ciencia del deber ser, norma a través de disposiciones imperativas o prohibitivas el devenir y la actuación del hombre en sociedad.

Es Valorativo, ya que la filosofía de los valores ha penetrado profundamente en el derecho. El mundo de las normas debe asentarse en la realidad pero el momento estrictamente jurídico se caracteriza no por esa mera comprobación o verificación de los hechos y de sus regularidades (ley natural), sino por la vinculación de esa realidad a un fin colectivo, en virtud del cual los hechos son estimados valiosos o no valiosos y, consecuentemente, procurados o evitados. Por ende, la ley regula la conducta de los hombres y establece la conducta que deberán observar en relación con esas realidades, en función de un colectivamente perseguido y de una valoración de esos hechos. El contenido de esas normas reguladoras de conducta, no comprobadora de hechos, es una exigencia, un deber ser, mas no una realidad, un ser. El Derecho Penal, en general, funciona como sistema tutelar de los valores mas altos, es decir, solo interviene ante las transgresiones vulneradoras de los valores fundamentales de la sociedad.⁴⁰

Finalista; Los Kelsenianos afirman que el fin no pertenece al derecho, cuyo contenido es la política. El fin lo determinara esta o la Sociología, pero no las leyes. A nuestro entender, la dogmática jurídica no puede quedar desprovista de finalidad, por lo que el derecho tiene carácter finalista. En efecto, el derecho, pues que se ocupa de conductas, no puede menos de tener un fin. El Estado debe recoger y enfocar, teológicamente, todos los intereses que constituyen la cultura; dirigiéndolos al fin de la vida.

⁴⁰ Pavón Vasconcelos Francisco, Op. cit. p.16

Norma y Bien Jurídico; la norma y el bien jurídico son los polos del eje del derecho. Cuando los intereses son protegidos por la norma, se elevan a bienes jurídicos. Estos son de inapreciable importancia para indicar el fin de un determinado precepto y todo el ordenamiento jurídico; es decir, el bien jurídico ha de ser tenido en cuenta en la interpretación teleológica.

Sancionador; cuando un sujeto comete conducta antijurídica quebrantadora de la norma penal, el derecho dispone e impone sanciones o castigos al agente, con el fin de salvaguardar el orden público.

TITULAR Y DESTINATARIOS DEL DERECHO PENAL.

En cuanto al efectivo ejercicio de la facultad dimanante de la soberanía para definir los delitos, señalar las penas, establecer las medidas de corrección y de seguridad, e imponerlas y ejecutarlas, su único titular es el Estado, pues sin este no hay Derecho Penal auténtico y verdadero. Empero hay que consignar que su facultad punitiva tiene como límite intraspasable los derechos de la persona.⁴¹

Ahora bien, ¿Quiénes son los destinatarios del Derecho Penal?. Teniendo la norma penal una finalidad, es necesario averiguar a que sujeto va destinada. En términos muy generales, la doctrina se ha diversificado en tres posturas:

a.- Aquellos que, como Lhering y sus numerosos seguidores, entienden que los preceptos del Derecho Penal van dirigidos exclusivamente a los órganos encargados de aplicarlos.

b.- Los que consideran a los ciudadanos sus auténticos y naturales destinatarios, ya que a ellos van dirigidos los mandatos y prohibiciones de las normas penales.

⁴¹ Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal, tomo I, Parte General, Bosch, Barcelona, 1975, p.7

c.- Aquellos que, como el Maestro Cuello Calón, consideran que las normas penales se dirigen a todos los individuos del estado (sean o no ciudadanos), imponiéndoles la ejecución u omisión de determinados hechos, entendiendo también que las normas penales se dirigen, igualmente, a los órganos encargados de la aplicación y ejecución de las mismas, a los que impone este deber.⁴²

2.- EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL.

BREVES ANTECEDENTES DEL DERECHO PENAL: Como breve semblanza del derecho penal, es importante señalar que en la historia de este surge la llamada etapa humanista; que es, cuando se preocupa en desterrar concepciones caracterizadas por la brutalidad y crueldad en prácticas humanas.

La historia del derecho penal, se marca en el antiguo oriente, el carácter religioso de las primeras reacciones punitivas es indudable, muy frecuentemente el castigo consistía en inmolar, para los dioses al infractor de la norma a fin de tratar de aplacar su enojo. El autoritarismo teocrático y político, caracterizo a los periodos antiguos, durante los cuales los reyes y emperadores tenían carácter divino.

Del Código de Hammurabi, (el mas antiguo de oriente que reino en Babilonia unos 2500 años antes del nacimiento de Cristo), Cuello Calón señala que lo extraordinario de ese conjunto de leyes es su apartamiento de los conceptos religiosos, así como su ayuda y finísima distinción entre los hechos realizados voluntariamente y los ejecutados por la imprudencia. El Talión tiene un amplísimo desarrollo y llega a extremos inconcebibles. Al respecto, hubo disposiciones, tales

⁴² Porte Petit Celestino, Apuntamientos de Derecho Penal: parte general, Editorial Porrúa, México, 1960, p.9

como: Será muerto el hijo del que matare a otro, aun cuando fuera involuntariamente; si alguien hace saltar un ojo a otro, perderá el suyo.

En cuanto a Israel, su derecho penal esta contenido principalmente en los primeros cinco libros del antiguo testamento, atribuidos a Moisés y denominado Pentateuco, esta legislación penal tiene un profundo sentido religioso, por lo que el derecho a castigar dimanara del poder divino, el delito es una ofensa a Dios, y el perdón se ruega mediante sacrificios de carácter expiatorios, la pena tiene un fin de constrictión, de intimidación y su medida es el tallón.⁴³

El derecho penal Chino, esta inmuído de carácter sagrado, las penas terrenales serán seguidas de castigos de ultratumba. El primitivo penal de China esta contenido en el libro de las cinco penas, las cuales eran:

- a.- Amputación de la nariz.
- b.- Amputación de las orejas.
- c.- Obturación de los orificios del cuerpo.
- d.- Incisiones en los ojos.
- e.- Muerte.

En la India, su mas antigua legislación, se encuentra contenida en el Código de Manu, siendo este el mas completo en materia penal del antiguo oriente, la penalidad es de una idealidad muy elevada, el reo cumplidor de su cadena subía al cielo tan limpio de culpa como el mejor de los justos. En dicho código, se estableció la diferencia entre imprudencia, caso fortuito y las causas o motivaciones de los delincuentes. Pero en la practica, tanta perfección jurídica se vio entorpecida por la división de castas y por prejuicios religiosos.

⁴³ Cuello Calon, Op. cit. p. 8

Como ya hemos establecido en el capítulo que antecede, no puede hablarse propiamente de un derecho griego unificado, pues Grecia estaba dividida en ciudades estados, y cada una de ellas tenía su ordenamiento jurídico. A pesar de lo anterior, en el derecho penal griego, se distinguen tres épocas:

a.- La legendaria, en el cual predominó la venganza privada que no se limitaba al delincuente, sino que se extendía a toda su familia.

b.- La religiosa, en donde el estado imponía las penas, pero actuaba como delegado de Júpiter, el que cometía un delito debía purificarse y los conceptos religión y patria se identificaban.

c.- La histórica, en donde la pena se basa no en un fundamento religioso, sino en una cimentación moral y civil.

En el derecho penal Romano se da la característica fundamental en el sentido público con que se consideran el delito y la pena, aquel era la violación a las leyes públicas, en tanto esta, la reacción pública contra el delito. Las características más importantes del derecho penal romano son:

a.- El delito era considerado como ofensa pública.

b.- La pena constituyó una reacción pública en razón de la ofensa correspondiendo al estado su aplicación.

c.- Diversificación de los delitos culposos y dolosos.

En el derecho penal Germánico, en la época primitiva, en la cual no había leyes estrictas, sino simples costumbres, aparecen las facetas de venganza divina y venganza de sangre. El derecho Germánico, esta libre de influencias religiosas y era de carácter obligatorio y las condiciones fueron fijadas por el juez-rey, en cuyo caso el poder político castigaba a quien no respetara la paz. Por cuanto a la cantidad a pagar por el daño delictual, se fijó por la costumbre para todas las ofensas, de esta manera la venganza de sangre fue sustituida por la composición que consistía en el pago de una suma de dinero o en la entrega de objetos de valor.

El derecho penal Canónico, fue importante porque hizo encarnar la norma jurídica romana en la vida social de occidente. La influencia de este derecho se inició con el reconocimiento de la religión cristiana por el emperador Constantino, en la época del imperio romano y tuvo vigencia hasta la edad media.

La legislación Canónica dividió los delitos en:

a.- Delicta eclesiástica (delitos contra la fe católica), y únicamente eran competentes para conocer de estos delitos los tribunales de la Iglesia.

b.- Delicta secularia, solo interesantes para la sociedad civil, de competencia para los tribunales seculares.

c.- Delicta mixta, sirve mixtiferi, ofensores tanto del orden religioso como del civil.

3. LA IMPORTANCIA DE LA TEORÍA DEL DELITO Y SUS ELEMENTOS.

LA IMPORTANCIA: Federico Puig afirma que "como todas las obras de gran relieve, la teoría jurídica del delito ha dado vida a entusiastas partidarios y encarnizados enemigos. Los

primeros la presentan como el ejemplo mas acabado de técnica que el pensamiento penal puede producir. Los segundos la motejan de artificiosa, plagada de abusos de la lógica formal. Llena de distinciones y sutilezas que empañan la clara visión del Derecho, y, sobre todo, inútil, por cuanto reducida al simplismo moderno, no ha hecho mas que remozar con nueva terminología la concepción de la escuela clásica".

Sigue diciendo Federico Puig Peña: "Realmente es momento de aclarar que ni los extraordinarios elogios ni los hoscos reproches le cuadran. Basta con decir que ocupa una señalada posición en el pensamiento penal moderno y que no se puede desconocer:

a.- Que gracias a la dogmática empleada se ha llegado a una mayor pureza en la noción jurídica del delito;

b.- Que el rigor lógico con que se estudian los caracteres de la infracción ocasionan una visión general del problema, de efectos singularísimos;

c.- Que constituye un procedimiento magnifico para aplicar e interpretar científicamente la ley penal y exponerla de un modo didáctico;

d.- Que orienta de modo insuperable la técnica legislativa.

Se expone a continuación las siguientes ideas y conceptos acerca de la teoría del delito:

Para Francisco Muñoz Conde, la teoría general del delito se ocupa de las características comunes que deben tener cualquier hecho para ser considerado como delito ... La primera tarea a la que se enfrenta la teoría del delito es la de dar un concepto de delito.

Para Eugenio Raúl Zaffaroni, se llama teoría del delito a la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar que es el delito en general, es decir, cuales son las características que debe tener cualquier delito.

Para Enrique Bacigalupo, la teoría del delito es un instrumento conceptual para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico penal previsto en la ley.

ELEMENTOS: Delito o delictum, supino del verbo delinquo delinquere, que significa desviarse, resbalar, abandonar, abandono de una ley. Dice Carrara, cometer una falta, y crimen, del griego cerno, iudicio en latín, que a pesar de ser en su origen termino que significan las acciones menos represensibles, llegan finalmente a designar los mas graves delitos.

Elemento es aquello que concurre para la formación de algo complejo, como las letras que forman una palabra, los átomos que forman una molécula, los cuerpos simples que se combinan para formar una sal, el genero próximo y la diferencia específica de toda definición esencial, o el acto humano y sus calificativas de antijuricidad y culpabilidad que integran el delito y en materia de cualquiera de los cuales desaparece tal delito.

La separación neta de los elementos del delito en subjetivos y objetivos, no puede sostenerse. Max Ernst Mayer escribió: "Son engoladas las esperanzas de quienes confían en construir una tipicidad carente de valor, y una antijuricidad puramente objetiva, libre de elementos psíquicos".

Adolfo Schonke dice que: "La doctrina se ha dado cuenta de que no existe entre las características del delito, una muralla lógica, neta, y que no se puede incluir todo lo objetivo en la tipicidad y la antijuricidad, y todo lo subjetivo en la culpabilidad.

Ernst Beling en 1906 define el delito como la acción típica antijurídica y culpable sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad. En 1930 introduce dos variaciones substanciales: 1.- El delito es acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable. La tipicidad, presentada en forma adverbial, significa la subordinación de acción, antijuridicidad y culpabilidad al tipo. 2.- Se suprime la especificación de la punibilidad, por considerar Beling a esta como consecuencia, y no como elemento del delito. Edmundo Mezger en 1930 define el delito como acción típicamente antijurídica y culpable, y en 1955 modifico su definición de la siguiente forma: acción típicamente antijurídica, personalmente imputable y conminada con una pena.

Se observa un proceso inverso al de Beling concretado en la inclusión de la punibilidad en la definición posterior. Luis Jiménez de Asua partiendo del cuadro de Guillermo Sauer construye un completo esquema de los aspectos positivos de los caracteres del delito:

ASPECTO POSITIVO

- a.- Actividad
- b.- Tipicidad
- c.- Antijuridicidad
- d.- Imputabilidad
- e.- Culpabilidad
- f.- Condicionalidad objetiva
- g.- Punibilidad

ASPECTO NEGATIVO

- a.- Falta de actividad
- b.- Ausencia de tipo
- c.- Causas de justificación
- d.- Causas de inimputabilidad
- e.- Causas de inculpabilidad
- f.- Falta de condicionalidad objetiva
- g.- Excusas absolutorias.

Francesco Carrara consideraba como elementos constitutivos del delito la fuerza física (elemento objetivo) y la fuerza moral (elemento subjetivo).

4.- EVOLUCIÓN DEL CUERPO DEL DELITO EN MÉXICO Y SU INTERPRETACIÓN JUDICIAL.

Para comprender el presente y realizar sobretodo un esfuerzo prospectivo, es indispensable analizar y comprender el pasado. En este caso, para establecer meridianamente que fue el cuerpo del delito, debe hacerse referencia a las incipientes figuras procesales que le dieron origen, y las que hasta nuestros días, de uno u otro modo, han dejado claros vestigios en el moderno concepto que tal figura procesal tuvo. El tiempo de origen del cuerpo del delito se remonta al medioevo; son varios los autores que coinciden en señalar a Farinaccio como el creador de este concepto. Gunter Stratenwerth, en su libro Derecho Penal señala: "el concepto del supuesto típico de hecho proviene históricamente de corpus delicti, formulado por primera vez por Farinacius (1581), como corpus delicti se caracterizo en primer termino a la totalidad de las huellas exteriores de la comisión de un delito, mientras mas tarde, ---en los siglos XVII y principios del XIX---, la totalidad de elementos que pertenecen a un determinado delito."⁴⁴

El mas remoto antecedente nacional del cuerpo del delito, lo encontramos en las reglas de "Instrucción que debían observar los Tenientes, y Comisarios del Real Tribunal de la Acordada, Santa Hermandad, y Juzgado privativo de bebidas prohibidas en el uso de sus comisiones, aprobada por el Excmo. Señor Virrey de la Nueva España", expedidas el 20 de marzo de 1776, en cuya nota tercera, en catorce párrafos establecen las formas de comprobación del cuerpo del delito de los ilícitos de homicidio, lesiones, violación, secuestro, incendio, robo y violación a la prohibición de bebidas: *Comprobación del cuerpo del delito del ilícito de homicidio.-(se transcribe lo siguiente respetando su autentica redacción)se debe justificar con testigos, y por los mismos se sepa, quien o quienes lo ejecutaron, se requiere a mayor abundamiento, que si aun esta sin sepultar el cadáver, o cuerpo muerto, lo reconozca el juez, y ponga en la causa*

⁴⁴ Bermúdez Molina Estuardo Mario, Del cuerpo del delito a los elementos del tipo, Ed. P.G.R., México, 1996, p. 13

certificación de haverlo así hecho, asentando en ella con toda particularidad el sitio que la halló, la postura que tenía, esto es, si estaba boca arriba, o boca abajo, la heridas, o golpes que le notare, expresando su número y tamaño, y también el instrumento en que parezca haversele casado. Algo mas se requiere todavía, y es, que si dicho instrumento llega a haverse a las manos, se ha de expresar asimismo en la certificación, o por otra separada, su nombre: se ha de asentar su magnitud, y si es posible, sea de figurar un diseño de el, en la causa. Y porque tal vez podría dudarse, si el homicidio se verifico por dichas heridas, o golpes, para remover toda duda, se requiere finalmente, que el juez llame a un cirujano, o por su falta a un barbero o curandero inteligente, para que también reconozca el cadáver, y haciendo prolija inspección de el, certifique bajo de juramento, si según su pericia, dicho homicidio se verifico, o no por las tales heridas o golpes.⁴⁵

En la época comprendida a finales del siglo XVIII y XIX se conceptualizo al cuerpo del delito, como la comprobación de los elementos que pertenecían a un determinado delito, como claramente lo establecía Vilanova, quien entonces expresaba:

"No sin fundamento es sentado, que es lo mismo el cuerpo del delito, que la real comisión del mismo; porque se entiende por cuerpo del delito el mismo delito; esto es, la material de la ejecución del hecho prohibido por la ley; como que la tal prohibición es la forma del delito; y el hecho advertido con que se contraviene, es la materia; cuyas calidades son inseparables, y ambas constituyen el cuerpo que hemos figurado. El efecto resoluto del hecho criminoso no es el dicho cuerpo, aunque equivocadamente así suele llamarse; la perpretacion efectiva, material y formal del mismo, lo es únicamente; y esto concluye, que el cadáver con apariencias de muerto violentamente, las heridas que desabrocha el cuerpo, la sangre que le baña, la arma que comprueba la herida, la rotura de la vulva de la que fue estuprada, o el hallazgo de cosa desaparecida en poder del que la robo, no pueden decirse cuerpos respectivamente de los delitos de homicidio, agresión, estupro y robo, pues solo los hechos que causaron estos efectos, lo son en

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 15 - 16.

propiedad: las tales resultas únicamente con signos, por los cuales venimos en conocimiento de haberse cometido".

El primer Código Procesal Penal que tuvo nuestro país, el de 1880, no precisó el contenido de dicho concepto, pero dedicó varios artículos a señalar reglas para su comprobación; así, en su título II, denominado De la Instrucción, se ocupa, en su capítulo IV llamado De la comprobación del cuerpo del delito, precisamente en los artículos 121 a 157, de establecer lo siguiente:

Art. 121.- La base del procedimiento criminal es la comprobación de la existencia de un hecho o la de una omisión que la ley reputa delito: sin ella no puede haber procedimiento ulterior.

Art. 157.- Si el delito no hubiere dejado vestigios permanentes, o estos no existieren ya, el juez recogerá todas las pruebas relativas a la naturaleza y circunstancias del hecho; y en el segundo caso, hará constar los motivos que hayan producido la desaparición de los vestigios, y tomara todas las providencias que conduzcan a la comprobación del delito.

En cambio, el código procesal siguiente, el de 1894, señalaba:

Art. 104.- Todos los delitos que por este código no tengan señalada una prueba especial, se justificaran comprobando todos los elementos que los constituyen, según la clasificación que de ellos haga el código penal, teniendo siempre presente lo dispuesto por este en el artículo 9.

El código penal de 1871 a que se refería, en su artículo 9 establecía: "siempre que un acusado se le pruebe que violó una ley penal, se presumirá que obró con dolo: a no ser que se averigüe lo contrario, o que la ley exija la intención dolosa para que haya delito".

Por su parte, el Código Federal de Procedimientos Penales de 1909, en su artículo 107, le daba el siguiente tratamiento:

Art. 107.- La existencia de un hecho u omisión que la ley repute delito, será la base del procedimiento penal. Luego que estén justificados los elementos que constituyen el hecho delictuoso, según lo define la ley penal, se tendrá por comprobado el cuerpo del delito.

Lo propio aconteció con posterioridad en el Código de Procedimientos Penales de 1929, dado que el artículo 263 se expresaba en iguales términos:

Art. 263.- Todos los delitos que por este código no tengan señalada una prueba especial, se justificara por la comprobación de sus elementos constitutivos, según la definición que de ellos haga el código penal.

Una vez promulgado el Código de Procedimientos Penales de 1894, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció un criterio interpretativo adecuado, a saber, que el cuerpo del delito no debía comprobarse con todos los elementos del delito, porque obviamente ya no habría elemento alguno que debiera comprobarse en la responsabilidad penal, ni habría base para el proceso. En razón de la completa ignorancia, entonces reinante sobre la dogmática del delito, la Corte señaló que el cuerpo del delito correspondería a los elementos materiales, objetivos o externos de la infracción penal. No debemos olvidar que a la sazón se contraponía, al desconocerse la teoría del tipo creada por Beling en 1906, lo objetivo a lo subjetivo, y resultaba, por tanto, adecuada la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque de otro modo, al no abstraerse los elementos subjetivos del delito que se hacían consistir en la culpabilidad, el cuerpo del delito necesitaba forzosamente la comprobación de todo el delito. Si bien es cierto que precisaban que el cuerpo del delito se tendría por comprobado al acreditar la existencia de los elementos (solo materiales) que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso según lo determinara la ley penal, también establecieron que para ello se atendería, en cada caso, a las reglas especiales que para dicho efecto se encontrasen en el código. En otros términos, a esas reglas especiales debía atenderse, para comprobar en su caso, el cuerpo del delito, pero ello no significaba que esas reglas especiales fuesen las únicas que, desconociendo el

concepto general del cuerpo del delito, tuviesen que seguirse para afirmar la existencia de esta figura en el caso concreto.⁴⁶

En verdad, seguir el criterio jurisprudencial creado sobre la base del Código de Procedimientos Penales de 1894, después de modificada la ley en 1931, constituyó un error, pues no obstante la disposición relativa en el Código Procesal Penal, esta nunca se atendió respecto de los delitos con reglas especiales señaladas, y así, desafortunadamente, se decía que en los delitos como homicidio, lesiones, aborto, infanticidio, robo, etc., había de estarse a esas reglas que, reiteramos, eran insuficientes para comprender todos los elementos objetivos del tipo en cuestión. Por tanto, se desconocía y violaba aquel dispositivo general, y se afirmaba en contrario que solo aquellas bastaban para la comprobación del cuerpo del delito. Con esto se provocó una evidente inseguridad jurídica y se afectó la garantía de libertad, al no constatarse, en la comprobación del cuerpo de estos delitos, que la conducta fuese típica y desconocerse los componentes objetivos que el tipo en particular exige, no conceptualizados en las reglas especiales, y los diversos contenidos típicos reconocidos ya desde 1936 por la doctrina penal nacional, o sea, los elementos normativos y los elementos subjetivos que fueron llamados del injusto.⁴⁷

Para dar mayor sustento a lo vertido anteriormente, cabe señalar la interpretación que dio el máximo órgano judicial de la República al contenido del concepto procesal denominado cuerpo del delito:

Quinta Época

Instancia: Pleno

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: II

Tesis: 846

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 20, 21, 22.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 22

Página : 544

CUERPO DEL DELITO.

Su comprobación constituye la base de todo procedimiento penal, y sin ella no puede declararse la responsabilidad del acusado, ni imponérsele pena alguna.

Tomo II, pag. 1284. Amparo en revisión. Pérez Tiburcio Valeriano. 26 de abril de 1918. Unanimidad de nueve votos.

Tomo IV, pag. 564. Amparo directo. Hernandez Jesús. 12 de marzo de 1919. Unanimidad de nueve votos.

Tomo IV, pag. 791. Amparo en revisión. Cortes Juana. 9 de abril de 1919. Unanimidad de diez votos.

Tomo IV, pag. 1107. Amparo en revisión. Munguía Santoyo Jesús. 15 de mayo de 1919. Unanimidad de diez votos.

Tomo IV, pag. 1156. Amparo en revisión. Fierro Manuel I. 20 de junio de 1919. Unanimidad de once votos.

Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo II

Tesis: 845

Página: 544

CUERPO DEL DELITO.

Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refiere solo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito.

Amparo en revisión 1416/27. Aguilar Anastasio. 14 de enero de 1930. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo en revisión 3865/27. Flores Antonio. 21 de enero de 1930. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 2881/27. Galvan Ramón y coag. 23 de enero de 1930. Mayoría de tres votos.

Amparo directo 2208/29. Martín Adalberto. 11 de abril de 1930. Cinco votos.

Amparo en revisión 4495/28. Ramos Tellez José María. 29 de julio de 1930. Unanimidad de cuatro votos.

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Apéndice de 1995

Volumen: Tomo II

Tesis: 848

Página: 545

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE.

Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.

Amparo directo 4173/53 Hector González Castillo. 11 de enero de 1954. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 8337/45. Castañeda Esquivel J. Jesús. 15 de noviembre de 1956. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 110/57. Víctor Manuel Gómez Gómez. 20 de agosto de 1958. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 2677/58. Juan Villagrana Hernandez. 26 de noviembre de 1958. Cinco votos

Amparo directo 6698/60. José Zamora Mendoza. 18 de febrero de 1961. Cinco Votos.

Posteriormente, el concepto del cuerpo del delito referido exclusivamente a los elementos materiales del tipo fue superado por la nueva fórmula, que exigía, para la comprobación de dicha figura procesal, la total existencia de los componentes del tipo, tanto objetivos como subjetivos, y ello con independencia de la teoría del delito que en particular se sustentara. Así lo estableció en 1984 el numeral 122 del Código de Procedimientos Penales del D.F., y en iguales términos el numeral 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, cuando señalaban:

Art. 122 CPPDF y Art. 168 CFPP: El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal. Se atenderá para ello, en su caso, a las reglas especiales que para dicho efecto previene este código.

Cabe transcribir los siguientes criterios jurisprudenciales que engloban lo dispuesto por el legislador en la reforma procesal de 1984 en relación al contenido del cuerpo del delito:

Octava Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo II

Tesis: 849

Página 546

CUERPO DEL DELITO, EXISTE IDENTIDAD REFERENCIAL EN LAS HIPÓTESIS DE LOS ARTÍCULOS 115 FRACCIÓN I Y 122 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN LA COMPROBACIÓN DEL.

En esencia no existe contradicción en el contenido de las reglas que para la comprobación del cuerpo del delito previenen, respectivamente, los preceptos 122 y fracción I del 115, del código de procedimientos penales para el Distrito Federal, pues ambas normas requieren coincidentemente el acreditamiento de "los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictivo".

Contradicción de tesis 4/90. Entre las sustentadas por el Primer y Segundo Tribunales Colegiados del Primer Circuito en Materia Penal. 18 de noviembre de 1991. Cinco votos.

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 81, septiembre de 1994

Tesis: 1.4o.p. J/3

Página: 47

DELITO DE ROBO. PARA SU COMPROBACIÓN NO SE REQUIERE LA POSESIÓN MATERIAL DE LA COSA OBJETO DEL APODERAMIENTO, EN EL MOMENTO DE LA DETENCIÓN.

El cuerpo del delito de robo se integra con la reunión de los elementos descritos en el tipo penal, entre los que no se encuentra la posesión material de la cosa objeto del apoderamiento, pues pudo ser abandonada, destruida o consumida por el agente, sin que por ello su conducta deje de ajustarse a la hipótesis normativa.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 473/92. Arturo Ochoa Jurado. 13 de enero de 1993. Unanimidad de votos.

Ponente: Alfonso Manuel Patiño Vallejo. Secretario: Pedro Olea Elizalde.

Amparo directo 2319/92. Juan Carlos Pérez Díaz. 10 de febrero de 1993. Unanimidad de votos.

Ponente: Alfonso Manuel Patiño Vallejo. Secretario: Pedro Olea Edlízalde.

Amparo directo 352/93. Rodrigo Javier Cordero Juárez. 23 de abril de 1993. Unanimidad de votos.

Ponente: Fernando Hernández Reyes. Secretario: Carlos Humberto Arias Romo.

Amparo en revisión 200/93. Juan Carlos Segura Maldonado y otros. 23 de junio de 1993.

Unanimidad de votos. Ponente: Alfonso Manuel Patiño Vallejo. Secretario: Pedro Olea Elizalde.

Amparo directo 734/93. David Fernando Rangel Palomeque. 30 de junio de 1993. Unanimidad de

votos. Ponente: Alfonso Manuel Patiño Vallejo. Secretario: Francisco Fong Hernández.

Nota: Esta tesis también aparece en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, tomo II, Materia Penal, segunda parte, tesis 512, pag. 308.

A pesar de la importante reforma penal de 1984, muchos Magistrados, Jueces, Ministerios Públicos, Abogados Postulantes, etc., seguan conceptualizando al cuerpo del delito como los elementos materiales del delito, trayendo que cada parte interpretara el contenido del concepto de cuerpo del delito a su real y personal conveniencia. Caben señalarse las siguientes tesis de los Tribunales Colegiados de Circuito:

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XIV - Julio

Pagina: 524

CUERPO DEL DELITO. AMPLITUD DE LA PRUEBA DE.

El juzgador goza de la mas amplia facultad para comprobarlo, pudiendo emplear para tal propósito los medios de investigación que estime conducentes, según su criterio, aunque no sean de los que define y detalla la ley, si esos medios no están reprobados por esta; de lo que se colige, que si el juez, para tener por demostrados los elementos materiales y objetivos del delito, puede emplear elementos de convicción que no estén específicamente señalados por la legislación para ello, puede valerse de todo aquel medio de pruebas establecido por la ley, con tal de que no pugnen con la ley o las buenas costumbres.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO

Amparo en revisión 108/89. Rafael Gregorio Arroyo Fernández. 1o. de junio de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: José Galvan Rojas. Secretario: Armando Cortes Galvan.

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XIV - Julio

Pagina: 377

ABANDONO DE PERSONAS, CUERPO DEL DELITO DE.

El delito de abandono de personas, previsto y sancionado por el artículo 347 del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla, requiere de dos elementos indispensables: 1) El que se abandonare a los menores o a la cónyuge sin motivo justificado, y 2) Que la persona abandonada no tuviera recursos para atender sus necesidades de subsistencia; por tanto, para tener por comprobados estos **elementos objetivos que constituyen la materialidad de la figura delictiva** mencionada, es necesario que el abandono sea de tal naturaleza que deje a las personas abandonadas en peligro inminente de insubsistencia; y no existe dicho delito si los consortes convinieron anteriormente ante el Agente del Ministerio Público separarse voluntariamente, donde la cónyuge expone su voluntad de llevarse consigo a los menores hijos a vivir a casa de sus padres y de proporcionarles todo lo que llegaren a necesitar, manifestando además no solicitarle nada al respecto a su consorte, levantando el representante social acta de todo ello.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 366/89. Eleazar Vilchis Alonso. 21 de noviembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

De lo anterior, concluimos que el cuerpo del delito, dogmáticamente estuvo constituido por la tipicidad, y, por consiguiente, para su comprobación se requería que la conducta del individuo concretizara todos y cada uno de los elementos del tipo en particular, esto es, que el individuo privo de la vida a otro en el caso del homicidio, no bastando la sola determinación de que una persona falleció por causas humana externa, ya que esto de ninguna manera atribuye la causación del resultado a persona alguna, siendo imprescindible constatar el nexo causal existente entre el resultado típico y la conducta del individuo.

Como consecuencia de las reformas a los artículos 18 y 19 constitucionales del 8 de marzo de 1999, se vio la imperiosa necesidad de reformar los artículos adjetivos o procesales de la materia, quedando el contenido de los mismos en los siguientes términos:

Artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales (reforma del 18 de mayo de 1999).- El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera ... "

Artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (reforma del 3 de mayo de 1999).- El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito.

En los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito ... "

De lo anterior es importante señalar que mientras el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala que el cuerpo del delito está integrado por los elementos objetivos, subjetivos y normativos del hecho que la ley señale como delito; el Código Federal de Procedimientos Penales, únicamente dispone a los elementos objetivos y normativos como necesarios para acreditar el cuerpo del delito. En el momento conducente entrare al estudio de lo narrado anteriormente.

5.- LA EVOLUCIÓN DEL TIPO PENAL.

Etimológicamente, la palabra tipo proviene de la raíz latina *tipus* y del griego *typos* que significa modelo; se concibe como una forma característica. En el Derecho Alemán, el tipo fue conceptualizado como *tatbestand* (que se traduce como supuesto de hecho, proviene del latín medieval *facti* especies y significa figura del hecho), acepción que encontramos en el S. XVII, en la ordenanza criminal prusiana, así como en el artículo 59 del código del *reich*, a la cual en algunos casos la identifican como el hecho del delito, en otros casos como hecho especie, el caso legal, la encuadrabilidad, y el tipo como tal.⁴⁸

Lo primero que tiene que establecerse como presupuesto de la punibilidad de una acción, es que la conducta sea típica. Para ello debe recurrirse al concepto de tipo. Es a principios de este siglo y gracias a la creación del concepto de tipo, hoy elemental en la estructura conceptual del delito, cuando se advierte que la concepciones antes dichas (cuerpo del delito) correspondían, en realidad, solo a algunos de los elementos componentes del aspecto objetivo del tipo. Con ello se advierte también que ya desde esa época queda rebasado el concepto original de cuerpo del delito referido únicamente a los objetos, instrumentos o huellas del mismo. Con la evolución de la dogmática penal de a principios de siglo, se va perfilando el concepto de tipo, hasta reconocerse todos y cada uno de sus actuales elementos. Esto da a lugar a que los códigos procesales de la época establezcan que el cuerpo del delito corresponde a la descripción objetiva del hecho, esto es, a los componentes objetivos de la figura delictiva, concepto que en nuestro sistema procesal distrital subsistió hasta el año de 1984; así, el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el 168 del Código Federal de Procedimientos Penales señalaban: "El

⁴⁸ Mancera Espinoza

cuerpo del delito que no tenga señalada prueba especial, se justificara por la comprobación de los elementos materiales de la infracción.⁴⁹

Con posterioridad, se descubre que el tipo no se integra solo con componentes objetivos, amen de los ya descubiertos elementos normativos, y en algunos casos requiere, además (así se decía) de elementos subjetivos, correspondientes, según expresión de Mezger, a aspectos que se encuentran en alma del autor.⁵⁰

El tipo en sentido amplio lo constituyen todos los presupuestos de la punibilidad y comprende (en sentido amplio) no solo las características del tipo de lo injusto o tipo de injusto, sino además a la antijuridicidad y la culpabilidad. De ahí que a este tipo, en sentido amplio, también se le llame tipo garantía, porque es precisamente de donde se extrae la garantía de la ley penal, ya que bajo este concepto de tipo amplio se comprenden todos los presupuestos de la punibilidad regulados legalmente, de los que se extrae como premisa lógica que no puede fundarse penal alguna sobre la base de analogía en perjuicio de un autor. A este concepto de tipo correspondió el de cuerpo del delito del Código de Procedimientos Penales de 1894, que señalaban en su artículo 104 que todos los delitos que no tuviesen señalada una regla especial en dicho código, debían justificarse comprobando todos los elementos que lo constituyen, según la descripción que de ellos hiciese el Código Penal. Pues bien, es claro que un aspecto de este tipo en sentido amplio lo forma el tipo propiamente dicho, denominado tipo de injusto, esto es, el tipo que se agota en la descripción de las características que dan al delito de que se trata su propia individualidad.⁵¹

Esta separación del tipo propiamente dicho respecto del delito en sentido amplio, se debió a Ernst Beling, que con su obra La teoría del Delito en 1906 dio la base del concepto tripartito del

⁴⁹ Bermudez Molina Estuardo Mario, Op.cit. p. 14.

⁵⁰ Mezger Edmund, Derecho Penal, Parte General. Traducción de Conrado A. Finzi., Ed. Bibliografía Argentina, Sexta Edición, 1955, pp. 147.

⁵¹ Bermudez Molina Estuardo Mario, Op. cit. pp. 36, 37.

delito: acción típica, antijurídica y culpable. Beling, entendió por tipo la descripción libre de valor de las características externas de una acción. Pero este concepto de tipo, basado en el positivismo científico y el naturalismo, pronto tuvo que ceder ante un criterio teleológico y referente al valor. En ello tuvo influencia trascendental el descubrimiento hecho por Marx Ernst Mayer de las características normativas del tipo, así como de los elementos subjetivos del injusto por Fischer y Hegler. Aceptamos con Wessels que la función del tipo de injusto reside en sintetizar las características que fundamentan el contenido típico de injusto de una conducta prohibida, ya que de esta manera se determina la materia de prohibición de una conducta en especial y, además, desde otro punto de vista, se delinea la forma y figura de una acción prohibida.⁵²

Dentro del tipo hay que distinguir sus características descriptivas, normativas, objetivas y subjetivas. Por características objetivas del tipo deberá entenderse, en lo sucesivo, las circunstancias que determinan la manifestación externa del hecho, características que pueden ser descriptivas y normativas, y al referirse al hecho o al autor, formando así parte de dichas características objetivas la descripción del sujeto del hecho, el objeto del hecho y la ejecución del mismo, e incluyendo a veces, formas especiales de comisión y medios en otras modalidades del mismo hecho. En el tipo también se acredita la producción de un resultado y también una característica no escrita nunca en el aspecto objetivo del tipo, pero que deberá incluirse: la relación causal existente entre dicha acción y su resultado:

Como características subjetivas del tipo deben tenerse a las circunstancias que corresponden al ámbito psíquico y al mundo de representaciones del autor. Esto es fácilmente constatable en los tipos de tendencia interna trascendente, como, por ejemplo, la intención del apoderamiento de quien roba o la intención de enriquecimiento por parte del extorsionador.

⁵² Wessels Johannes, Derecho Penal, Parte General, Ed. Depalma, Sexta edición, Traducción de Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Argentina, pp. 39.

Mezger afirmo que por elementos normativos del tipo, debemos entender, a todas las valoraciones culturales y jurídicas que inciden en el tipo y realizadas por la autoridad que conozca del caso (en México debe entenderse al Ministerio Publico en la averiguación previa y al Juez en la causa o proceso).

De manera breve, expongo a continuación, la clasificación que manejo el Maestro Luis Jiménez de Asua en relación a la evolución del tipo, dividiendo esta para su estudio en las siguientes etapas:

A.- Primera etapa o etapa de la independencia: En esta, el tipo cumple con una función meramente descriptiva separándose de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Esta concepción meramente descriptiva objetiva expuesta por Beling es criticada, por lo que es modificada posteriormente por el mismo autor, ya que expone que si es posible realizar una valoración de elementos subjetivos sin profundizar mas allá en el dolo, pero dejando claro que la tipicidad forma parte del delito. Beling, establece que dentro del tipo se presenta una imagen o figura rectora a la que denomina leitbild que en realidad es el original tatbestand (meramente descriptivo objetivo) que se encuentra sin contenido, en espera de la realización de la conducta para colmar al tatbestand legal, es por ello que la figura rectora no puede ser generalizada pues resulta ser especifica para cada tipo de delito.

B.- Segunda etapa o del carácter indiciario, se presenta con Mayer en 1915, para este autor la tipicidad no es una mera descripción, sino que le agrega un valor indiciario respecto de la antijuridicidad, es decir que supone la comprobación del tipo como un indicio de la concreción del elemento antijuridicidad, sin que llegue al punto de confundir ambos elementos. Menciona el Maestro Marquez Piñero: "Al establecer el papel de la tipicidad, Mayer, la considera como el primer presupuesto de la penal, y estima la antijuridicidad como el segundo presupuesto de la misma. Propugna la separación entre tipicidad y antijuridicidad, pero reconoce a la tipicidad un

papel indiciario respecto de la antijuridicidad, considerándola como el fundamento de conocimiento del conocimiento de la antijuridicidad".

C.- La tercera etapa es encabezada por Edmundo Mezger, para este autor la tipicidad no es solo un indicio, sino en si la verdadera base de la antijuridicidad. Mezger deja la concepción de que el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable, para decir que se trata de una conducta típicamente antijurídica y culpable. El tipo es una antijuridicidad tipificada, así toda relación del tipo es antijurídica, por tanto una conducta solo puede ser típica si previamente se ha comprobado que es antijurídica, por lo tanto, la concurrencia de una causa de justificación en la estructura que se plantea, no solo elimina la antijuridicidad, sino que por definición elimina la propia tipicidad.

Diversos han sido los autores que han aportado criterios y pensamientos a la teoría del tipo, entre los que se destacan:

VON WEBER: Reconoce la existencia de un tipo objetivo y de otro subjetivo. El núcleo del tipo se encuentra configurado por la actividad del legislador al establecer las conductas que considera socialmente dañosas. Desvincula el conocimiento de la antijuridicidad en el tipo subjetivo (dolo), pues refiere que la norma abarca cualquier clase de conducta y no le es relevante el hecho de que el sujeto conozca o no dicha norma.

GRAF ZU DOHNA: El tipo es la síntesis de aquellas características que debe reunir una acción para reunir una penal, establece una diferenciación entre tipo subjetivo y objetivo, manifestando que al objetivo pertenecen aquellas características que se concretizan en el mundo exterior, y al subjetivo, las que se presentan en el mundo interior del autor.

WILHELM GALLAS: Expone que no toda conducta típica para serlo requiere necesariamente ser antijurídica, pues por el contrario reconoce que existen conductas típicas que

no llegan a ser antijurídicas. El tipo no es solo el contenido, es también forma, ya que al tipo le importa tanto conocer el que, así como también el como de la tipificación.

HANS WELZEL.- Maneja los elementos subjetivos del injusto. El tipo comprende tanto a los elementos objetivos como a los subjetivos o anímicos de la acción. La tipicidad no da certeza de la antijuridicidad, ya que las normas penales no se componen únicamente de normas (mandatos y prohibiciones) sino que también existen las normas permisivas, las cuales neutralizan la valoración y con ello evitan que se pueda decir que la acción ha sido antijurídica. Concibe al delito con tres elementos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, situando al dolo dentro del tipo.

CLAUS ROXIN.- Este autor aporta el tipo que define como total, enarbolando que este tendría diversas ventajas como que este tipo contenga tanto el tipo descriptivo de lo injusto, como las circunstancias excluyentes de lo injusto, con esto el tipo podría realizar la tarea de dar el conocimiento de la prohibición, así como la forma de que esta se excluya; que incluyera todos los elementos determinantes de lo injusto, sean negativos o positivos; que estableciera con precisión cual es la conducta que contraviene el deber; que contenga las características de justificación, el error, la tentativa y el delito putativo; que formulara el reproche por la actuación dolosa.

RAÚL ZAFFARONI.- El tipo penal es un instrumento legal lógicamente necesario y de naturaleza primordialmente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes. El tipo es predominantemente descriptivo ya que pertenece a la ley; la tipicidad pertenece a la conducta.

CELESTINO PORTE PETIT.- Afirma que el tipo es un presupuesto general del delito fundamentándose en el aforismo "Nullum crime sine typo". El tipo es una conducta o hecho descrito por la norma, o en ocasiones es mera descripción objetiva, conteniendo además según el

caso, elementos normativos o subjetivos o ambos. El tipo es anterior a la conducta, en cuanto que para cuando esta se realiza este ya existe.

SANTIAGO MUIR PUIG.- El tipo penal tiene en su estructura tres elementos a saber: a.- una conducta típica, que contiene dos subelementos, uno es la parte objetiva que abarca el aspecto externo de la conducta, el otro es la parte subjetiva en la que se encuentra la voluntad consiente (dolo), la conciencia insuficiente de la peligrosidad y los especiales elementos subjetivos como lo es el animo de lucro; b.- los sujetos son el activo, el pasivo y el Estado (el que reacciona con la pena por la conducta dañosa); y los objetos, que son el material y el jurídico.

GUNTER JACKOBS.- Parte de la idea de lo injusto, que para su pensamiento lo conforma aquella acción que se vuelve en intolerable socialmente, así, divide las acciones, aunque no en forma expresa, como atípicas, es decir, acciones que no reúnen todos los elementos exigidos por la descripción legal y por lo tanto no son antijurídicas, o bien aquellas que reuniendo todos los elementos que las muestran como antijurídicas están cargadas de otros elementos que las vuelven justificadas, o tolerables socialmente.

EVOLUCIÓN DEL TIPO (GROSSO MODO):

a.- BELING 1906, TIPO OBJETIVO: SOLO ELEMENTOS OBJETIVOS.

b.- MAYER 1911, TIPO COMPLEJO: ELEMENTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS.

c.- ROXIN 1970, TIPO TOTAL: ELEMENTOS SUBJETIVOS, OBJETIVOS, ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

A partir de las reformas de 1993 a los artículos 16 y 19 constitucionales, se inserta el concepto de elementos del tipo penal en dichos numerales y se dispone su acreditamiento para ser librada una orden de aprehensión o ser dictado en auto de formal procesamiento. Lo expuesto anteriormente se ve robustecido con las siguientes tesis jurisprudenciales:

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XIV - Noviembre

Página: 414

ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL. REFORMAS DEL.

De acuerdo a las reformas del artículo 16 constitucional, de cuatro de septiembre de 1993, para que una orden de aprehensión pueda ser dictada, es necesario que exista 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 tanto los elementos que integran el tipo penal como los de la probable responsabilidad del indiciado.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 156/94. Raúl Correa Zurita. 23 de agosto de 1994. Unanimidad de votos.

Ponente: Juan Vilchiz Sierra. Secretario: Rafael García Magaña.

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Tomo: V, Marzo de 1997

Página: 829

ORDEN DE APREHENSIÓN. DEBEN PRECISARSE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES O ATENUANTES DEL DELITO.

De acuerdo con la reforma que hizo el Constituyente Permanente a los artículos 16, 19 y 20 constitucionales, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993, que entro en vigor al día siguiente a su publicación, **sustituyendo el concepto de cuerpo del delito por el de elementos que integran el tipo penal**, reforma que provoco el ajuste al artículo 122

del Código de Procedimientos Penales para el D.F., la autoridad responsable, al dictar una orden de aprehensión, debe analizar los elementos del tipo penal en su descripción legal y la probable responsabilidad del indiciado, así como las circunstancias agravantes y atenuantes que concurrieron al desplegar el activo la conducta típica, y que precisa el Ministerio Público al ejercer la acción penal; para que el indiciado este en aptitud legal de tener la adecuada y oportuna defensa desde que conoce la orden de aprehensión.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 515/96. Alfonso Alducin Mojica. 17 de septiembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Morales Cruz. Secretario: Santiago F. Rodríguez Hernández.

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: II, Noviembre de 1995

Página: 505

AUTO DE FORMAL PRISIÓN. EN EL DEBEN PRECISARSE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DEL DELITO QUE SE IMPUTA AL DETENIDO CONFORME A LA REFORMA DEL ARTICULO 19 CONSTITUCIONAL QUE ENTRO EN VIGOR EL CUATRO DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES.

No obstante que en la reforma del artículo 19 constitucional, que entro en vigor el 4 de septiembre de 1993, no se establece en forma expresa la obligación de que en el auto de formal prisión deban precisarse los elementos del tipo penal del delito que se imputa al detenido, toda vez que en la citada reforma se establece textualmente que: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del termino de 72 horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición sin que se justifique con una 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 este", es evidente que para que el referido auto de formal

procesamiento cumpla con el imperativo contenido en el transcrito precepto constitucional, requieren que se precisen los elementos del tipo penal del delito respectivo, ya que esta obligación resulta lógica, pues para poder establecer si los datos que obran en la averiguación previa son suficientes para acreditar tal extremo, resulta necesario determinar cuales son esos elementos.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.

Amparo en revisión 358/95. Enrique Jacinto Casas. 13 de octubre de 1995. Unanimidad de votos.

Ponente: Enrique Rodríguez Olmedo. Secretario: Antonio López Padilla

En la siguiente tesis que se cita se exponen expresamente cuales son los elementos del tipo penal que contenían los numerales procesales de las leyes de la materia:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Febrero de 1996

Pagina: 390

AUTO DE FORMAL PRISIÓN. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES "AUTO DE FORMAL PRISIÓN. NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL", QUEDO SUPERADA POR LAS REFORMAS DE LOS ARTÍCULOS 19 CONSTITUCIONALES Y 83 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE DEFENSA SOCIAL PARA EL ESTADO DE PUEBLA.

Esta Tribunal Colegiado, estima que la jurisprudencia cuyo rubro es: AUTO DE FORMAL PRISIÓN. NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL, ha quedado superada por las reformas que sufrieron los artículos 19 constitucional y 83 del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social para el Estado de Puebla, por los siguientes razonamientos. Del contenido del artículo 19 constitucional reformado, se desprende

que para dictar un auto de formal prisión, es necesario que de lo actuado en el proceso penal, aparezcan datos suficientes que justifiquen los elementos del tipo penal que se imputa al acusado y además hagan probable su responsabilidad penal en la comisión del mismo; lo que significa que debe examinarse la descripción que del ilícito se haga en la legislación penal; ahora bien, el empleo de la expresión "elementos del tipo", en dicho precepto legal tiene como finalidad fortalecer la seguridad jurídica del gobernado para que pueda defenderse adecuadamente del delito atribuido. Al respecto el artículo 83 del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social reformado, dispone que los elementos del tipo penal son los siguientes: "I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido; II.- La forma de intervención de los sujetos activos; y III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión. Asimismo, se acreditarán, si el tipo penal lo requiere: a) Las cualidades del sujeto activo y pasivo; b) El resultado y su atribución a la acción u omisión; c) El objeto material; d) Los medios utilizados; e) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) Los elementos normativos; g) Los elementos subjetivos específicos; y , h) Las demás circunstancias que la ley prevea. "Por otra parte, La Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a la clasificación de los delitos en orden al tipo, ha dicho que desde el punto de vista doctrinario, en relación con la autonomía de los tipos, estos se han clasificados en: básicos, especiales y complementados. De acuerdo con lo anterior, el delito de robo calificado con violencia moral, es un tipo complementado, circunstanciado o subordinado, pues necesita para su existencia del tipo fundamental o básico, añadiéndosele una circunstancia, que en la especie, resultan ser los medios utilizados por el acusado para llevar a cabo el delito, esto es la violencia moral consistente en amagar a la víctima con un arma, a fin de despojarlo de sus bienes, circunstancia que se encuentra prevista en el artículo 380 fracción I del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla; razones por las que resulta apegado a derecho que el juez natural estudie tal situación agravante en el auto de formal prisión, incluyéndola como parte integrante del tipo penal complementado.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 679/95. Ernesto Sánchez Flores. 25 de enero de 1996. Unanimidad de votos.

Ponente: Olivia Heiras de Mancisidor. Secretario: Jesús G. Luna Altamirano.

CAPITULO TERCERO.

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESADO CONTENIDAS EN EL NUMERAL 16 DEL PACTO POLÍTICO FEDERAL Y EL ANÁLISIS DE SU REFORMA.

"EL ARTICULO 16 DE NUESTRA CONSTITUCIÓN ES UNO DE LOS PRECEPTOS QUE IMPARTEN MAYOR PROTECCIÓN A CUALQUIER GOBERNADO, SOBRE TODO A TRAVÉS DE LA GARANTÍA DE LEGALIDAD QUE CONSAGRA, LA CUAL, DADAS SU EXTENSIÓN Y EFECTIVIDAD JURÍDICAS PONE A LA PERSONA A SALVO DE TODO ACTO DE MERA AFECTACIÓN EN SU ESFERA DE DERECHO QUE NO SOLO SEA ARBITRARIO, ES DECIR, QUE NO ESTE BASADO EN NORMA LEGAL ALGUNA, SINO CONTRARIO A CUALQUIER PRECEPTO, INDEPENDIENTEMENTE DE LA JERARQUÍA O NATURALEZA DEL ORDENAMIENTO A QUE ESTE PERTENEZCA." DR. IGNACIO BURGOA ORIHUELA.

1.- LA GARANTÍA DE LEGALIDAD.

Para estudiar y abarcar el presente tema, nos referiremos a la magistral obra del Maestro Don Ignacio Burgoa Orihuela, denominada "Las Garantías Individuales", la cual, establece que: "La garantía que mayor protección imparte al gobernado dentro de nuestro orden jurídico constitucional es, sin duda alguna, la de legalidad consagrada en el artículo 16 de la Ley Suprema. La eficacia jurídica de la garantía de legalidad reside en el hecho de que por su mediación se protege todo el sistema de derecho objetivo de México, desde la misma Constitución hasta el

reglamento administrativo mas minucioso. La garantía de legalidad implicada en la primera parte del artículo 16 constitucional, que condiciona todo acto de molestia en los términos en que ponderamos este concepto, se contiene en la expresión fundamentacion y motivación de la causa legal del procedimiento. Ahora bien, ¿ que se entiende por causa legal del procedimiento? Desde luego este, o sea, el acto o la serie de actos que provocan la molestia en la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones de un gobernado, realizados por la autoridad competente, deben no solo tener una causa o elemento determinante, sino que esta sea legal, es decir, fundado y motivado en una ley en su aspecto material, esto es, en una disposición normativa general e impersonal, creadora y reguladora de situaciones abstractas".⁵³

Por fundamentacion legal entenderemos que el acto de molestia que emana de determinada autoridad, debe tener un sustento legal que lo permita, es decir, debe estar basado o amparado en un ordenamiento jurídico vigente. Una vez que existe la norma que autoriza el acto de molestia, debe existir también una estricta adecuación realizada por la autoridad que emite el acto, entre este ultimo y el caso o hecho concreto en que surtirá sus efectos legales; a lo anterior lo conocemos como motivación legal, siendo esta, en otras palabras, el encuadramiento de las circunstancias del caso específico dentro del precepto legal que establece la norma.

Cabe destacar que es indispensable que la fundamentacion y motivación legales deban concurrir en el caso específico para que no implique violación a la garantía de legalidad prevista en el numeral constitucional en estudio, ya que no basta que el acto que el acto de autoridad este debidamente fundado pero no motivado o viceversa, ya que en cualquiera de esos supuestos existiría flagrante violación a la garantía de legalidad del gobernado que reciente en su persona o en sus bienes el acto de molestia.

También es necesario que el acto de molestia conste en escrito elaborada por la autoridad correspondiente, ya que si el acto de autoridad no reviste con la formalidad constitucional de estar

⁵³ Burgoa Orihuela Ignacio, Op. cit. p. 601

por escrito se violaría la garantía de legalidad prevista en el numeral 16 del Pacto Político. Ahora bien para que se cumpla la garantía formal del mandamiento escrito, es necesario se le comunique al gobernado de la existencia del acto de molestia. Dicho acto de molestia debe estar también debidamente firmado por la autoridad que lo emite para cumplir con la garantía de legalidad que en esta tesis estudio.

2.- REQUISITOS PARA EL LIBRAMIENTO DE LA ORDEN DE APREHENSIÓN ANTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE MARZO DE 1999.

El artículo 16 constitucional, antes de la reforma publicada el 8 de marzo de 1999, en su segunda parte establecía: "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 orden de aprehensión es un acto de autoridad, en virtud del cual el juez competente determina la detención de un gobernado, al iniciarse el proceso penal o durante el; sin que exista sentencia que declare que se ha cometido el delito y que el inculcado es responsable penalmente. Para dictarla, debe de probarse en la averiguación previa que la conducta esta tipificada como delito en ley, mereciendo pena corporal y que existan pruebas que hagan probable la responsabilidad penal del inculcado. Ahora bien, en virtud de la orden de aprehensión, se va a privar de su libertad a la persona contra quien se gire; pero será aquella una prisión provisional, que puede suspenderse en virtud de la libertad caucional y cuya duración se inicia desde el

momento en que se practico la detención, hasta que se resuelve la situación jurídica del indiciado".⁵⁴

Efrain Polo Bernal, expone: "la orden de aprehensión es un acto de autoridad, por virtud del cual el juez competente determina la detención de una persona con base a que, en la averiguación previa, quedo probada que su conducta esta tipificada como delito por la ley, que merece pena corporal y existe la probable responsabilidad penal del inculpado."⁵⁵

Leopoldo de la Cruz Agüero, expresa: "La orden de aprehensión se considera como la resolución pronunciada por el Juez como consecuencia del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, previo el análisis de todas y cada una de las constancias que obran en la averiguación previa y conforme a los requisitos previstos por el artículo 16 de la Constitución Federal, con objeto de que la persona señalada como autora de la comisión del delito que se le atribuye sea detenida e internada en el reclusorio de que se trate y se continúe con la secuela procedimental, dependiendo esto de la resolución constitucional que resuelva la situación jurídica del inculpado."⁵⁶

El artículo 16 Constitucional, regula lo que la doctrina denomina presupuestos generales de la acción penal, y que se traduce en los requisitos, que deberá satisfacer el Ministerio Público, para estar en aptitud legal para ejercitar la acción penal. Dicho numeral antes de la reforma del 8 de marzo de 1999, disponía textualmente:

Artículo 16 Constitucional: "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho

⁵⁴ Mancilla Ovando Jorge Alberto, Las Garantías Individuales y su aplicación en el proceso penal. Estudio Constitucional del proceso penal. Editorial Porrúa, Sexta edición, México, 1995, p. 115.

⁵⁵ Polo Bernal Efrain, Breviario de Garantías Constitucionales, Editorial Porrúa, Primera edición, México, 1993, p. 178.

⁵⁶ Cruz Agüero Leopoldo de la, Procedimiento Penal Mexicano: Teoría, Práctica y Jurisprudencia, Editorial Porrúa, Segunda edición, México, 1996, pp. 151, 152.

determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado".....

Del análisis del párrafo transcrito precedentemente se desprende que los requisitos para decretar una orden de aprehensión, eran los siguientes:

- I.- Que exista previamente y ante el Ministerio Público una denuncia, acusación o querrela;
- II.- Que esa denuncia acusación o querrela, se refieran a hechos determinados;
- III.- Que esos hechos estén señalados en la ley como delitos;
- IV.- Que la pena con que se sancionen, sea cuando menos la privativa de libertad;
- V.- Que existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal;
- VI.- Que existan datos que acrediten la probable responsabilidad del indiciado;
- VII.- Que una vez integrada la averiguación previa, con los anteriores requisitos expuestos, el Ministerio Público ejercite la acción penal que le compete en contra de quien se considere responsable de la comisión del delito atribuido, y solicite al órgano jurisdiccional, el correspondiente obsequio de la orden de aprehensión.

I.- Requisitos de Procedibilidad:

A.- La denuncia: Es la comunicación que hace una persona al Ministerio Público acerca de los hechos que en su opinión configuran o pueden configurar un delito. Lo que se comunica al órgano investigador, es la notitia criminis, es decir, la noticia de la consumación de un hecho, presumiblemente señalado o tipificado como delito por la legislación punitiva. El fin de la denuncia es que el Ministerio Público y sus órganos auxiliares desplacen sus facultades y atribuciones constitucionalmente otorgadas, a efecto de que se investiguen los delitos y determinen la probable responsabilidad de una persona, en la participación del hecho criminoso.

B.- La acusación: Consiste en el señalamiento de un presunto responsable de la conducta tipificada como delito.

C.- La querrela: Es la petición formulada por quien se considera ofendida por un delito que no es perseguible de oficio. En tal sentido, la Legitimación Pasiva, es un presupuesto indispensable para que el Ministerio Público pueda llevar a cabo la averiguación previa y, en su caso, ejercitar la acción penal ante el Juez competente.

II.- Hecho Determinado: En efecto, la denuncia o la querrela, deben referirse a hechos determinados, esto significa que debe hacerse la relación de hechos, que se encuentran perfectamente ubicados en el tiempo y en el espacio, y que se estimen como delictivos por quien los relata.

III.- Hechos señalados por la ley como delitos: Además, los hechos con la ubicación temporal y espacial relatados en la denuncia o querrela, deben tener un señalamiento en la ley como delitos. Esta constatación corresponde establecerla al Ministerio Público que, como órgano especializado en la investigación y persecución de los delitos, habrá de determinar si los hechos cuyo relato recibió del denunciante o querellante, efectivamente constituyen la conducta o el resultado de esta, que la ley tipifica como delitos.

IV.- Pena privativa de libertad: También, el delito deberá tener señalada en la ley cuando menos pena privativa de libertad, lo que alude a que existen penas más graves y menos graves que aquella, atendiendo a los bienes jurídicos en cada caso tutelados por la ley penal. Cuando el delito tenga señalada en la ley una pena alternativa (prisión o multa) o una distinta de la privación de la libertad, el requisito o presupuesto de la acción se cumplirá, solicitando de la

autoridad judicial, el libramiento de una orden de comparecencia, la cual permite la concurrencia del inculcado a los actos de su proceso, aunque no restringe su libertad.⁵⁷

V.- Acreditación de los elementos del tipo penal: Otro presupuesto general de la acción penal, que anteriormente señalaba el artículo 16 constitucional, consistía en la acreditación de los elementos integrantes del tipo penal, correspondiente al delito que se atribuía al indiciado.

Antes de las reformas de este año, a los numerales 16 y 19 del Pacto Político Federal, era común la exigencia del cumplimiento de este presupuesto a los casos de orden de aprehensión, orden de comparecencia, auto de formal prisión y sentencia; es decir, el Ministerio público tenía la obligación de acreditar los elementos del tipo penal, para estar en condiciones de resolver si ejercitaba o no la acción penal, y el juez, entre otros requisitos, debía comprobar la existencia de los elementos integrantes del tipo penal del delito correspondiente, para estar en aptitud legal para librar la orden de aprehensión o para dictar el auto de formal prisión.

El artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, que se reproduce íntegramente en el numeral 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, concretamente explican cuáles son los elementos integrantes del tipo penal, mismos que se clasifican en:

- 1.- Elementos esenciales; y
- 2.- Elementos aleatorios o eventuales del tipo.

El Maestro, Julio Hernández Pliego, en su obra titulada "Programa de Derecho Procesal Penal", hace extensa referencia a los temas sobre acreditación de los elementos del tipo penal, así como al tema de la acreditación de la probable responsabilidad del indiciado. El autor referido

⁵⁷ Hernández Pliego Julio A., Programa de Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, Primera edición, México, 1996, p. 143.

expone que debe advertirse que la distinción entre los elementos esenciales y los elementos aleatorios o eventuales del tipo, no se refiere a que algunos elementos deban probarse y otros no, sino que obedece a que los esenciales, son constantes, se dan en todos los tipos penales, y en cambio, solo algunos contienen los otros, pero si el tipo penal se integra con ambas especies de elementos, entonces deberán probarse colmadamente todos.

Los elementos esenciales, son tres:

1.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y la lesión o en su caso el peligro sufrido por el bien jurídico.

Este requisito alude, por supuesto, a la demostración de la conducta voluntaria del indiciado, que no tiene mas forma de exteriorizarse, que a través de un hacer o un no hacer. Pero también abarca la prueba del resultado de dicha conducta, que puede manifestarse de dos maneras:

a.- Produciendo un cambio en el mundo de los fenómenos, en los delitos de los llamados de resultado material (homicidio, lesiones, etc.), o;

b.- Solamente poniendo en peligro el bien jurídicamente tutelado, como sucede en los llamados delitos formales o de peligro (omisión de auxilio, portación de arma de fuego, etc.). O bien en el caso de la tentativa punible.

2.- La forma de intervención de los sujetos.

Alúdase aquí a la autoría y participación referidas en el artículo 13 del Código Penal Federal, que establece la diferenciación que doctrinariamente se hace entre los autores materiales, intelectuales y coautores (autoría) y los autores mediatos, cómplices, instigadores y encubridores (participación).

3.- La realización dolosa o culposa de la conducta.

Este elemento con referencia al elemento subjetivo del tipo, a la forma que en cada caso adopte la culpabilidad.

Acordes con el artículo 9 del Código Penal Federal: "Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hechos descrito por la ley. En el análisis de este elemento, habrá que descartar la existencia de un error de tipo que es el que recae sobre algunos de los elementos esenciales objetivos del tipo penal (Atipicidad) siendo de carácter invencible o inevitable (art. 15, fracs. II y VIII C.P.).

Por su lado el párrafo segundo del propio artículo 9 del Código Penal Federal, estatuye: "Obra culposamente el que produce el resultado típico que no previo siendo previsible o previo confiado en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales." Sobre el particular debe tenerse presente que la ley sanciona solo los delitos culposos previstos en el artículo 60 párrafo segundo del Código Penal Federal.

Entre los elementos aleatorios o eventuales, figuran:

1.- Las calidades de los sujetos.

Es bien sabido que hay tipos penales para cuya integración, se reclama cierta calidad en los sujetos activo o pasivo, cierta característica especial. Verbi gracia, el caso del homicidio cometido en relación del parentesco o relación, en que el sujeto pasivo del delito debe ser ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, o un hermano, cónyuge, etc., del activo (art. 323 C.P.); o, en los delitos de servidores públicos en que para colmar el tipo, se requiere que

el autor de la conducta típica sea precisamente un servidor público (arts. 189 y siguientes del C.P.).

2.- El resultado y su atribubilidad a la conducta.

Este requisito precisa de la demostración del nexo de causalidad entre la conducta y el resultado, que permita atribuir esta a aquella. Por ejemplo, habrá que probar que la muerte ocurrió con motivo de la lesión causada por el inculgado.

3.- El objeto material.

Se trata de la persona o cosa sobre las que recae la conducta delictiva. Verbigracia, la cartera robada será el objeto material del delito de robo, el cuerpo de la víctima será el objeto material del homicidio, o la cosa mueble será el objeto material del abuso de confianza.

4.- Los medios de comisión.

Hay algunos tipos para cuya configuración legal, se exige que al resultado de la conducta se haya llegado solamente por determinados medios comisivos. Como en el delito de violación en donde la copula debe alcanzarse, como una exigencia típica; por la violencia física o moral, o en el fraude, cuyos medios de comisión deben ser el engaño o el aprovechamiento del error del pasivo.

5.- Las circunstancias de lugar, tiempo, modo, y ocasión.

Este elemento es contenido por algunos tipos, cuando requieren que la conducta típica se realice en cierto lugar o tiempo, o con motivo de alguna ocasión o modo concreto. Así ocurre en el robo en lugar cerrado; en el aborto, pues la muerte del producto de la concepción ha de ocurrir en cualquier momento de la preñez, etc.

6.- Los elementos normativos.

Hay tipos penales donde resulta indispensable una valoración del juez, que en eso consiste el elemento normativo, que puede ser estrictamente jurídica, como cuando hay que establecer si un documento efectivamente tiene naturaleza pública; o bien una valoración de carácter cultural, como es el caso de determinar si una publicación periodística o gráfica es obscena.

7.- Los elementos subjetivos específicos.

Estos hacen alusión directa a los tipos que requieren cierto dolo especial para colmarse, como aquellos en que se expresa: "al que con el propósito de" o "al que sin intención de".

8.- Las demás circunstancias que la ley prevea.

VI.- Acreditación de la probable responsabilidad: Guillermo Borja Osomo, nos dice que la palabra "probable", proviene del latín "probabilis" y significa aquellos de los que hay buenas razones para creer, lo que es verosímil, lo que se funda en razón prudente; esto es, lo probable es un posible que más fácilmente puede ser que no ser.⁵⁸

La probable responsabilidad consiste en la existencia de indicios que permitan, fundadamente, suponer que alguien, tuvo intervención culpable en el hecho delictivo. Suena incorrecto decir que hay probable responsabilidad cuando alguien participo o tuvo intervención en el delito, porque puede ser que efectivamente se haya intervenido o participado en el delito, sin que eso necesariamente determine la probable responsabilidad en su comisión, verbigracia, cuando esa intervención esta amparada por una causa excluyente del delito.⁵⁹

VII.- Ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, y el Libramiento de la orden de aprehensión por parte del Juez. El artículo 16 constitucional, segunda parte, establece el

⁵⁸ Borja Osorno Guillermo, Derecho Procesal Penal, Editorial José M. Cajica Jr., México, 1969, p. 244.

⁵⁹ Hernandez Pliego, Op. cit., p. 147

principio general de que solo la autoridad judicial puede librar una orden de aprehensión. Por su parte, el artículo 21 constitucional atribuye el monopolio de la persecución de los delitos al Ministerio Público y a sus órganos auxiliares; y es evidente que la función persecutoria entraña por modo ineludible la función investigadora tendiente a constatar la comisión del hecho delictivo y los datos o elementos que hagan probable la responsabilidad de su autor o autores, para el efecto del ejercicio de la acción penal ante los tribunales.

Por lo anterior podemos establecer que: a) solo la autoridad judicial puede librar la orden de aprehensión o comparecencia según sea el caso; b) constitucionalmente, solo el Ministerio Público y sus órganos auxiliares pueden investigar y perseguir los delitos, quienes, una vez que tengan acreditados los requisitos previstos en el numeral 16 del Pacto Político, consignara la averiguación previa y solicitara al órgano jurisdiccional el libramiento de la orden de aprehensión.

Cabe señalar, que lo anterior no prevé las siguientes dos excepciones: a) el caso de delito flagrante, o sea, aquel cuyo autor es arrestado en el momento de estarlo cometiendo, o perseguido materialmente después de haberlo perpetrado. En esta hipótesis, el precepto invocado faculta a cualquier persona (particular o autoridad) para aprehender al delincuente y a sus cómplices, con la obligación de ponerlos, sin demora, a disposición de la autoridad inmediata; b) La segunda de las excepciones señaladas estriba en que solamente 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 mas estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial. El artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, dispone que: " existe notoria urgencia para la aprehensión del delincuente cuando por la hora o por la distancia del lugar en que se practica la detención no hay ninguna autoridad judicial que pueda expedir la orden correspondiente y existan serios temores de que el responsable se sustralga a la acción de la justicia.

3.- ANÁLISIS DE LA REFORMA AL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.

"CADA VEZ ADMITO MAS EL OFICIO DEL LEGISLADOR. DE SU OPORTUNIDAD, PRUDENCIA Y SABIDURÍA DEPENDE, EN UNA MEDIDA MUY GRANDE, LA FELICIDAD DEL PUEBLO, PROPÓSITO DEL BUEN GOBIERNO. SUPONGO QUE EL LEGISLADOR DELIBERANDO EN SU FUERO INTERNO, TRABAJANDO EN EL RIGOR DE SU CONCIENCIA, DEBE VIVIR LARGAS NOCHES DE ANGUSTIA E INSOMNIO. CUANDO IMAGINA UNA LEY O RECIBE UN PROYECTO, COMIENZA EL GRAVE EJERCICIO DE RESPONSABILIDAD QUE CONCLUIRÁ EN LA NORMA POSITIVA. ESTA SE AGREGA INMEDIATAMENTE A LA HISTORIA. ES HISTORIA DESDE QUE INICIA SU VIGENCIA. Y A PARTIR DE ESE PUNTO TAMBIÉN COMIENZA, INEXORABLE, EL JUICIO DE LA HISTORIA SOBRE EL TRABAJO DEL LEGISLADOR". DR. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ.

3.1 LOS MOTIVOS DE LA REFORMA.

"AHORA SE CRITICA A LA DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL POR PARTE DE QUIENES NUNCA HAN ELABORADO DENUNCIA ALGUNA O DEFENDIDO UNA CAUSA ANTE UN TRIBUNAL". LIC. GABRIEL REGINO GARCÍA.

El artículo 16 constitucional antes y después de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de marzo de 1999:

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

DESPUÉS: ... *"No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando*

menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado..."

Para analizar y comprender el porque se reforma el artículo 16 constitucional (por lo que hace a los requisitos para librar la orden de aprehensión), es necesario estudiar los antecedentes que la gestaron , los motivos de la iniciativa por parte del Ejecutivo Federal y la maquillada exposición de motivos, análisis y cambios elaborados por el Senado en función de cámara revisora. También es necesario y sumamente importante (aunque al parecer esto fue ignorado por los defensores y creadores de la reforma), destacar el basto pensamiento de los estudiosos de las materias constitucional y penal, así como el sentir de los catedráticos, juristas, litigantes, académicos; sobre el tema de la presente reforma, que en este trabajo se estudia y que desde el primer plano se expone como restrictiva de garantías y deformadora de toda dogmática penal.

El maestro Gabriel Regino García,⁶⁰ expone en su obra una serie de antecedentes sociales, políticos y criminales que incidieron en la sociedad mexicana, y que, sin duda, presionaron a nuestras autoridades a sacar "al vapor" una nueva serie de reformas en materia constitucional - penal, creyendo utópicamente que los problemas de México serian resueltos, sin pensar ni discernir soluciones adecuadas para combatir los problemas (en este caso la delincuencia) promulgando y reformando leyes, en lugar de procurar en hacer cumplir las ya existentes, y repito, equivocándose nuevamente por creer que los problemas de México radican en las leyes, cuando sin duda nuestro problema radica en los hombres e instituciones creadas y facultadas para hacer cumplirlas.

Brevemente los antecedentes, marco y panorama que gestaron la reforma del 8 de marzo de 1999 fueron:

⁶⁰ Regino García Gabriel , Reflexiones sobre la iniciativa de reformas a la Constitución y a la Ley de Amparo, LEX, Ciudad de México, abril 1998, pp. 12 - 13

- El surgimiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional el 1 de enero de 1994, organización armada con fines aparentes de justicia social, que vino a denunciar el empobrecimiento, el olvido, la miseria, el engaño, la marginación, el hambre que carcome a nuestro país, a pesar de los falsos macronumeros que hacían creer a los mexicanos que el primer mundo estaba a la vuelta de la esquina y que teníamos la capacidad de suscribir tratados internacionales comerciales con las potencias económicas.
- El homicidio de Luis Donald Colosio, candidato a la presidencia de la República por el PRI, que demostró la descomposición del sistema oficial y origino un trauma a la sociedad civil.
- El homicidio de José Francisco Ruiz Massieu, destacado político y Secretario General del PRI, donde la justicia penal comenzó a adquirir un papel relevante y protagonico ante los hechos de sangre nunca antes vistos.
- Las investigaciones sobre desvíos de recursos en RUTA 100, una de las mas grandes operadoras de transporte publico en la capital del país, sospechosa de financiar el movimiento alzado de Chiapas; alarmaron a la sociedad por las muertes de exfuncionarios involucrados en su manejo; la de un exmagistrado que denunció una serie de anomalías y la de una agente investigador del caso.
- Los diversos homicidios de funcionarios que tuvieron a su cargo las indagatorias del crimen de Luis Donald Colosio con una puntualidad que coincidían con los tiempos en que habrían de rendir su testimonio o dar a conocer avances importantes.
- "El error de los cálculos financieros", que llevo al país a una nueva y desastrosa, devaluación, para colocarlo en una de la peores crisis económicas de los últimos 25 años, que nos dejo a los mexicanos con el sabor de boca de la traición y el engaño, y lo peor que hundi6 a millones de compatriotas en la pobreza extrema.

- La improvisación política del gabinete entrante en el ejercicio presidencial del Dr. Ernesto Zedillo electo para el periodo 1994 - 2000.
- El crecimiento de delincuencia organizada, y de la mano, el del narcotráfico, principal flagelo en nuestro país y que amenaza desde las propias bases y cimientos a las instituciones de la República.
- A mediados de 1995 la matanza infame de campesinos en el poblado de Aguas Blancas, Guerrero, la cual además de provocar la conmoción general, origina también la renuncia disfrazada de licencia del gobernador en turno; la desafortunada intervención de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en este caso a petición del Presidente de la República evidencio la falta de técnica de sus ministros, al dictarse sentencia en un proceso ilegal y violatorio de las garantías individuales.
- Al año de la masacre surge un nuevo grupo armado bajo el nombre de ejercito Popular revolucionario, con tendencia comunista y características sumamente agresivas.
- La inseguridad en las calles llega al extremo de que el propio hijo del Presidente de la República es víctima de un intento de secuestro; de ello no se escaparon diversas personalidades principalmente del sector empresarial: el secuestro muestra que es una industria exitosa.
- La delincuencia se toma cada día mas violenta (sobre todo en el distrito federal), los homicidios y asaltos inundan las delegaciones policiacas, así como las notas de los periódicos y espacios informativos de la prensa televisiva, sectores que ven en el fenómeno, una veta de morbo a explotar a través de programas que se constituyeron en autenticas apologías del delito.

- Se abre y aflora la cloaca de corrupción en el desaparecido Instituto Nacional de Combate a la Droga, resultando implicado su titular el Gral. Gutiérrez Rebollo, cooptado económicamente por las personas que debería perseguir

- Un grotesco espectáculo viene a agitar las aguas del caso del homicidio de José Francisco Ruiz Massieu, cuando elementos de la PGR, guiados por un vidente, descubren en la finca "El Encanto", propiedad de Raúl Salinas de Gortari, considerado ya autor intelectual del crimen; una osamenta que son atribuibles al Diputado Federal Muñoz Rocha, considerado como otro de los artífices del homicidio y que desapareciera el mismo día de los hechos. Unas semanas después se descubre la burla: los restos pertenecen a un familiar de la propia vidente.

- El Lic. Pablo Chapa Bezanilla, "flamante" Subprocurador especial de la PGR y encargado de la investigación del homicidio de Ruiz Massieu, se convierte en un prófugo de la justicia, al igual que sus cómplices, **lo que dejó claro a la sociedad, que el gobierno puede emplear cualquier medio, incluso ilegal, para fabricar culpables**

- Equivocadamente, se toma la decisión para involucrar al ejército para asumir funciones de policía, con la finalidad, por una parte de reducir los altos índices de criminalidad en la ciudad de México, y por otra para combatir el narcotráfico.

- Desaparece media tonelada de cocaína en la ciudad de San Luis Río Colorado, Sonora; los responsables: agentes federales.

- Son acusados y sometidos a procesos penales por vincularlos con el narcotráfico, pilotos de la PGR que traficaban drogas en aeronaves oficiales; también un juez federal es acusado de

otorgar amparos de manera ilegal y una magistrado federal es acusada por cohecho por el narcotráfico.

- En 1996 el Congreso de la Unión deja de ser dominado por la mayoría oficial, la oposición se ostenta con la mayoría de curules en San Lázaro.
- Amado Carrillo Fuentes " El Señor de los Cielos ", "muere" en una intervención quirúrgica en un hospital de mediana calidad en la ciudad de México. Los informes contradictorios y la falta de credibilidad en las instituciones, hace dudar a la sociedad de la veracidad de ese hecho.
- Elementos policiacos de la ciudad de México implementan un operativo en una de las zonas mas conflictivas de la ciudad y secuestran a seis individuos, cuyos cuerpos sin vida aparecieron posteriormente en diversos lugares con claras huellas de tortura. La brutalidad policiaca parece ser la respuesta ante la violencia incesante.
- Diversos banqueros son acusados, buscados, perseguidos y extraditados, por supuestos fraudes que se cotizan en cientos de millones de dólares. La sagacidad de sus defensas les evitan ir a la cárcel a través de diversos juicios de amparo. Lo anterior expone sin duda, la preocupante deficiencia de los encargados en México de procurar justicia a nivel federal. La inexperiencia, falta de capacitación y profesionalización, negligencia, etc. de las autoridades federales del ramo financiero y hacendario es puesta en forma diáfana a la sociedad mexicana.
- La impotencia de las autoridades y la volubilidad del Procurador General de la República, lo llevan a emitir declaraciones desafortunadas en contra del Poder Judicial de la Federación, se da un claro enfrentamiento entre las instituciones encargadas de procurar y administrar justicia federal en México, lo que debilita la confianza y respeto a las instituciones de la República.

- Nueva matanza de indígenas en Chiapas, donde 45 tzotziles son masacrados con armas de alto poder. Tal situación, como la de guerrero, provoca la renuncia del Gobernador y cambios en el gabinete federal con la renuncia del Secretario de Gobernación.
- Se crea la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, legislación violadora de garantías constitucionales, que contraviene los principios de todo derecho penal democrático y que instaura en México una serie de "figuras jurídico procesales" fracasadas en otras partes del orbe.
- La pobreza carcome al pueblo de México, cifras oficiales demuestran que 42 millones de compatriotas están sumidos en la pobreza de los cuales 20 millones en la pobreza extrema.
- El campo mexicano y la política agraria fracasa lo que implica el éxodo masivo de campesinos a las ciudades y al extranjero y con ello los problemas de hacinamiento demográfico y delincuencia aumenta vertiginosamente en las principales ciudades del país.
- La corrupción, impericia, falta de capacitación, impide que los órganos de procuración de justicia colmen los requisitos para ejercitar la acción penal previstos en el numeral 16 constitucional, solo un porcentaje ridículo de averiguaciones previas que se inician se consignan, y de las cuales, donde se obtiene el obsequio de la orden de aprehensión, queda el 70% de las mismas sin cumplimentar, lo que genera: corrupción e impunidad. Pero la acción del estado en lugar de ser enfocada a combatir los problemas de fondo del ministerio publico (que mas adelante detallare), centra su acción en satanizar y criticar a las reformas constitucionales que se dieron en 1993 en relación a la materia penal, mismas que dio complemento y fortaleció la garantía de seguridad jurídica de toda persona sometida al drama penal.

Con anterioridad a la reforma que en este trabajo se analiza, se habían llevado acabo las siguientes reformas constitucionales y procesales en materia penal.

- El 3 de septiembre de 1993, se publicaron en el DOF reformas a los artículos 16, 19, 20 fracciones I, II, IV, VIII, IX y X, párrafo II y III; así como al artículo 119 constitucional .
- El 31 de diciembre de 1994, se publicaron reformas constitucionales a los artículos 21 párrafos tercero, cuarto y quinto; 94, 97 y 102 inciso b.
- El 3 de julio de 1996 se adicionaron un noveno y décimo párrafo al artículo 16 constitucional, de nuevo se reforma la fracción I del artículo 20, 21 y el segundo párrafo del artículo 22..

El fin de estas reformas fue:

a.- Modernizar la averiguación previa, otorgando a los indiciados, las garantías del procesado, exigiéndose al M.P. que para poder ejercitar la acción penal satisfacer como requisitos la acreditación de los elementos del tipo y la probable responsabilidad. Esta reforma trajo como consecuencia la reforma a los artículos 168 del C.F.P.P. Y 122 del C.P.P.D.F.

b.- Se pretendió otorgar autonomía e independencia al Poder Judicial Federal, reduciendo a once el numero de Ministros, para consolidarlo como tribunal constitucional, dejando el control de la legalidad a los Tribunales Colegiados, creando el Consejo de la Judicatura para atender los aspectos administrativos.

c.- Crear la Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Publica.

d.- Se crearon las Comisiones de Derechos Humanos.

e.- Se elevan a garantía constitucional los derechos del ofendido o víctimas.

Ahora bien, una vez que se expuso los antecedentes y marco general de las reformas constitucionales de este año, es importante saber, ¿Que impulso o hizo convicción en el Ejecutivo Federal para realizar la iniciativa? ¿Que se asentó en la exposición de motivos?, ¿Porque se retrocede en el sistema de justicia penal? ¿Porque olvidar y satanizar la reforma constitucional de 1993 con la cual se dieron las bases de un proceso penal mas justo y humanitario?, en fin, ¿Cuales fueron (según los defensores de la reforma) las causas o motivos de reformar la Constitución?. A efecto de dar contestación a los anteriores interrogantes me remito a la exposición de motivos de la iniciativa de reforma del Poder Ejecutivo federal, asi como de las conclusiones y resultados de la cámara de senadores; se desprende como principales motivos lo siguientes:

- "Se establece que la reforma constitucional de 1993 a los numerales 16 y 19 Constitucionales se basaron en posiciones y teorías de escuelas que han tenido éxito en otras naciones. Sin embargo, hoy queda claro que no correspondían plenamente al desarrollo del Derecho Penal mexicano".
- "Después de cuatro años de aplicación del nuevo texto constitucional (vigente después de la reforma constitucional de 1993) se advierte que no se han logrado el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y el derecho a la libertad de los gobernados. Por el contrario, este ha permitido que frecuentemente por tecnicismos legales, presuntos delincuentes evadan la acción de la justicia. Basta decir que en 1997 en todas las averiguaciones previas consignadas ante la autoridad judicial, no se obsequiaron ordenes de aprehensión en mas del 20%".
- "Desde el principio de la presente administración se han impulsado profundas reformas tendientes a fortalecer las instituciones encargadas de la procuración e impartición de justicia. En el Poder Judicial de la Federación se han presentado avances significativos, pero la

procuración no se ha desarrollado en la misma proporción. Para lograr generar el justo equilibrio entre ambas instituciones (procuración e impartición de justicia) se considera necesario revisar el marco constitucional de actuación de las actividades responsables de procurar justicia”.

- “Es necesario actualizar el marco jurídico existente, o bien, que las disposiciones vigentes no permiten resolver con eficacia el problema de la delincuencia o bien, que las reformas que sirvieron para otras circunstancias ya no corresponden a las necesidades actuales”.
- “La delincuencia ha venido aumentando a índices alarmantes. Las causas del fenómeno delictivo son diversas, destacando la impunidad de quienes delinquen y el rezago de un marco jurídico que no ha evolucionado en la misma proporción que la delincuencia. El Estado requiere de mejores herramientas jurídicas para actuar oportunamente”.
- “A la luz de la legislación actual las instancias procuradoras de justicia encuentran serios obstáculos para hacer frente a este fenómeno (delincuencia). Ciertos requisitos de la ley pensados en su momento para enfrentar una delincuencia carente de la sofisticación que hoy despliega, limita la actuación de la autoridad. Es necesario revisar profundamente nuestras normas jurídicas y eliminar los obstáculos que han impedido que se actúe con la oportunidad y severidad requeridas”.
- “Se propone “flexibilizar” los requisitos que establece el artículo 16 constitucional para obtener una orden de aprehensión”.
- “Con la reforma se superara el rezago de nuestro marco jurídico, se contara con herramientas que definitivamente harán frente de manera eficaz al problema de la delincuencia y de la

inseguridad pública, que en los últimos tiempos se ha hecho especialmente grave, y se recuperara la confianza en las instituciones”.

De los motivos anteriormente expuestos, deducimos que el fin que buscan las autoridades ejecutivas con las mismas es:

I.- Satanizar y poner fin a lo logrado con la reforma constitucional de 1993, con la cual se dieron las bases de un proceso penal mas humanitario, misma que implico la terminación de una situación caótica en la interpretación y aplicación de la ley a los casos concretos provocada por el uso de la categoría procesal "cuerpo del delito", respecto de cuyo contenido no había claridad ni en la jurisprudencia ni en la doctrina procesal, cada juez o MP tenia su propia concepción del cuerpo del delito, concepción erradicada de los numerales constitucionales y sustituido por el concepto sustantivo de elementos del tipo penal. Para los defensores de la reforma la categoría de cuerpo del delito era una figura equívoca, controvertida, sujeta a interpretaciones, en cambio la categoría tipo penal era una noción unívoca clara y perfectamente definida.

II.- "Flexibilizar" los requisitos para obtener una orden de aprehensión, significa en otras palabras solapar las deficiencias del MP y hacerle el trabajo mas fácil para que este pueda solicitar una orden de captura cuando medianamente tenga acreditado el cuerpo del delito (elementos objetivos del tipo), claro esta, lo anterior basado en una clara reducción de las garantías constitucionales de todos los gobernados de este país (no solo de las personas sometidas a proceso penal).

Es de verdad preocupante que de pronto se olvide el primer fin de la política y del servicio público: estar comprometidos con el bienestar de la gente en todos los sentidos. Un proyecto de reformas legales emitido sin consulta popular, sin consenso social y sin pensar en la actitud de los gobernados frente a lo que se pretende imponer con la fuerza de la ley a la población es propio de un estado totalitario sujeto a intereses particulares.

Es difícil entender la actitud de las autoridades que idearon la reforma constitucional de este año, ¿ Por que no se escucho a las asociaciones de abogados, universidades, academias de juristas, a especialistas en la materia sobre la forma y contenido de la reforma constitucional ?, ¿Serian intereses particulares quienes impulsaron esta reforma?; considero sin lugar a dudas que así fue.

A continuación se describen algunas criticas a los motivos de las reformas constitucionales basadas en las manifestaciones de la gran mayoría de los sectores de la comunidad jurídica que no comparten el ilusorio optimismo de los redactores de la reforma.

I.- En los últimos quince años se han agudizado los problemas relativos a la justicia penal. La respuesta oficial ha sido, invariablemente, la misma: la reforma a la legislación incluida la reforma a la Constitución, como si esta fuera la única vía o al menos la mejor, para resolver el incremento de la delincuencia y de la impunidad que padecemos - **DRA. OLGA ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL**-⁶¹

II.- Las garantías constitucionales han sido minimizadas. Antes de la ultima década el legislador era sumamente respetuoso de los textos constitucionales. Entendía muy bien que las garantías son producto luminoso de siglos de lucha de los seres humanos frente a los atropellos del poder publico y que, en México, simbolizan la terminación de una sangrienta lucha armada contra la dictadura. - **DRA. OLGA ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL**-⁶²

III.- Se culpa a las instituciones de prevenir y perseguir los delitos y de administrar justicia, de la perdida de la seguridad publica. Así, la zozobra de la población, el miedo social, la

⁶¹ Islas de Gonzales Mariscal Olga, " Comentarios a la iniciativa de decreto que reforma a los articulos 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitucion Politica de los Estados Unidos Mexicanos", Criminalia, Editorial Porrúa, Ciudad de Mexico, Enero- Abril de 1998, Numero 1, p.42

⁶² Ibidem, p. 43

inseguridad pública y el temor de los gobernados es resultado de la ineficiencia de la policía y la incapacidad de los agentes del MP y los jueces, pero, se soslayan las profundas raíces donde anida el orden público, las causas éticas, económicas, culturales y sociales. Las circunstancias sociales, económicas y culturales (pobreza, desempleo, subempleo, crecimiento demográfico, etc.) constituyen el "caldo de cultivo de la delincuencia". La seguridad es mucho más que un tema de policía, fiscalía, tribunales y prisiones; sus hondas raíces anidan en el orden político, ético, económico, cultural. La seguridad declina cuando declina la justicia, y desde luego no me refiero solamente a la justicia penal. - DR. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ-⁶³

IV.- La verdadera causa de la inseguridad pública, el incremento de la delincuencia, la concentración de la pobreza y la pérdida de las garantías y los derechos de los ciudadanos es el fracaso del modelo de desarrollo económico iniciado por la administración de Miguel De la Madrid Hurtado, profundizado por el de Carlos Salinas de Gortari y erráticamente prolongado por la actual administración del Dr. Zedillo. Lo que se busca ocultar ante la sociedad y justificar con desproporciones legales aberrantes es la quiebra de un sistema incapaz para asumir las demandas históricas y actuales de la sociedad mexicana. El modelo es fácil y tiene una sola receta : los desaciertos económicos se corrigien haciendo que la sociedad lo pague. - LIC. FERNANDO GARCÍA CORDERO-⁶⁴

V.- El texto de la exposición de motivos no reconoce la nueva composición plural de la sociedad mexicana, no acepta que vive una transición democrática y aferrada a un proyecto que la sociedad ha repudiado en las urnas, tiene una sola respuesta: copiar servilmente el modelo autoritario del neoliberalismo, ampliar las facultades discrecionales de los órganos del poder,

⁶³ García Ramírez Sergio, "Una reforma constitucional inquietante (la iniciativa del 9 de diciembre de 1997), Criminalia, Editorial Porrúa, Ciudad de México, Enero - Abril de 1998, Numero 1, pp. 12 - 15

⁶⁴ García Cordero Fernando, "La reforma Constitucional 97 - 98, una reforma de la reforma", Criminalia, Editorial Porrúa, Ciudad de México, Septiembre - Diciembre de 1998, Numero 3, p. 98

atropellar los derechos de los ciudadanos y romper el equilibrio de las partes procesales en el litigio penal. - LIC. FERNANDO GARCÍA CORDERO-⁶⁵

VI.- Los cambios propuestos no garantizan en forma alguna abatir los problemas de ineficiencia y falta de técnica en que se incurre por parte del MP y sus auxiliares en la integración de las averiguaciones previas o bien en el proceso.- DR. RAUL PLASENCIA VILLANUEVA-⁶⁶

VII.- La reforma del artículo 16 constitucional tiene como fin que el MP pueda obtener más fácil la orden de aprehensión, sin embargo, cifras oficiales demuestran que el 65% de las ordenes de aprehensión del fuero común están pendientes de cumplimiento y el 75% del fuero federal tampoco se han cumplido. Obviamente la impunidad no se debe a la facultad para obtener ordenes de aprehensión de la autoridad judicial, sino que esta deriva de la incapacidad de las procuradurías para cumplirlas, por ende la reforma al artículo 16 constitucional resulta inútil e irrelevante para reducir la impunidad.

Me remito a los siguientes datos estadísticos:

a) 15 de cada 100 delitos son denunciados. Lo que demuestra que el ciudadano calcula que la denuncia es inútil y solo acude a ella cuando necesita constancia legal del acto delictivo (por ejemplo, para cobrar un seguro)

b) De cada 100 delitos que se denuncian solo en 35 de ellos se establece la identidad del presunto delincuente y solo una de cuatro ocasiones se logra detener al presunto delincuente.

c) De lo anterior, se calcula, que la probabilidad de que un delincuente llegue a ser detenido es de 0.0128%, es decir solo 13 de cada 1000.

d) Según encuestas a la ciudadanía reflejan que el 86% de la población, afirma que los policías y delincuentes están coludidos.

⁶⁵ García Cordero Fernando, "La iniciativa de reforma constitucional 1997 - 98", Criminalia, Editorial Porrúa, Ciudad de México, Enero - Abril de 1998, Numero 1, p. 68

⁶⁶ Plasencia Villanueva Raul, "La iniciativa de reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución y la propuesta de reformas al Código Penal", Criminalia, Editorial Porrúa, Ciudad de México, Enero - Abril de 1998, Numero 1, p. 115.

Por lo anterior, si no se combate la corrupción de policías y procuradurías ni se mejora la eficacia investigadora del Estado, no se podrá hacer nada en contra del crimen - LIC. FERNANDO GARCÍA CORDERO-⁶⁷

VIII.- Un investigador no podrá lograr su trabajo, si no tiene un espacio vital donde realizarlo, una remuneración decorosa y una constante formación profesional. - LIC. GABRIEL REGINO GARCÍA-⁶⁸

IX.- Lo que mas importa, por tanto, es que el MP se actualice y se cuente con el personal altamente calificado para esa función, es decir, debe procurarse que el MP se coloque a la altura de las exigencias constitucionales y legales y no que la Constitución y la Ley se bajen al nivel deficiente de aquel. - DR. MOISÉS MORENO HERNANDEZ-⁶⁹

X.- Recordemos que según estadísticas de las propias instituciones encargadas de la procuración de justicia, existen un 85 y 75 por ciento de ordenes de aprehensión sin ejecutar, entonces, ¿para que quieren mas?, como es posible que la inseguridad que sufrimos debido a que nuestros elementos de "seguridad publica" les asignan bicicletas que en el mejor de los casos podrían servir como medio de transporte en el noble negocio del pan y en caso de ser necesaria una persecución a pie, sin duda con la complexión actual, la mayoría de los policías solo lograría provocar la risa en el delincuente y la gota gorda en el perseguidor. - LIC. MIGUEL ÁNGEL MANCERA ESPINOSA -⁷⁰

⁶⁷ Garcia Cordero, Op. cit. pp. 73 - 74.

⁶⁸ Regino Garcia Gabriel, Op. cit. p. 21

⁶⁹ Moreno Hernandez Moisés, "Análisis de la iniciativa de reformas constitucionales en materia penal", Criminalia, Ed. Porrúa, Ciudad de México, Enero - Abril 1998, numero 1, p. 103.

⁷⁰ Mancera Espinoza Miguel Ángel, ¿Elementos del tipo o cuerpo del delito?, Criminalia, Editorial Porrúa, Ciudad de México, Mayo - Agosto de 1998, Numero 2, p. 12

3.2 LOS EFECTOS POLÍTICOS, CRIMINALES Y DOGMÁTICOS DE SUSTITUIR ELEMENTOS DEL TIPO PENAL POR CUERPO DEL DELITO.

"TODA REFORMA CONSTITUCIONAL ES UNA SUERTE DE OPERACIÓN DE CIRUGÍA MAYOR. MODIFICAR EL TEXTO DEL CUERPO NORMATIVO SUPREMO Y ALERTAR SOBRE EL CONTENIDO DE SUS DISPOSITIVOS RECLAMA UN DIAGNOSTICO MUY DELICADO". LIC. FERNANDO GARCÍA CORDERO.

El cambio fundamental que sufrió el numeral 16 de la constitución Federal, en relación a los requisitos para librar la orden de aprehensión fue sustituir el concepto de elementos del tipo penal por cuerpo del delito. Pero en realidad, lo anterior, ¿ trae consecuencias positivas o negativas para la dogmática penal ?, ¿ por que debemos preocuparnos, por el continente del concepto de cuerpo del delito o por su contenido ?, ¿ utilizar la figura jurídica del cuerpo del delito es un avance o un retroceso ?. En el capítulo segundo del presente trabajo se analizó la evolución del cuerpo del delito así como su interpretación judicial en México, lo que nos deja claro que la concepción de este ha sido diferente según la época, ya que en algunas ocasiones hemos entendido por cuerpo del delito solo a los elementos objetivos o materiales, y posteriormente lo entendimos como todos aquellos elementos que integran al delito.

Originalmente se entendió al cuerpo del delito como la cosa en que o con que se ha cometido algún delito; como por ejemplo el cuerpo del muerto, y así se tomó por nuestros códigos procesales, pues en 1880 el artículo 121 solo requería la comprobación de hecho o la omisión que la ley reputara como delito estableciendo así mismo en el capítulo IV del título II, una serie de reglas especiales para algunos delitos; posteriormente en 1894 se apuntaba que era necesario el comprobar todos los elementos del delito, teniendo siempre implícita la presunción de dolo, en 1909 para comprobar el cuerpo del delito se exigía el justificar los elementos del hecho delictuoso; en 1929 se dio preponderancia a las reglas especiales, y se decía que los delitos se justificarían por la comprobación de sus elementos constitutivos; en 1984 una nueva reforma, esta vez, con la

participación de destacados juristas, entre ellos catedráticos del Instituto Nacional de Ciencias Penales se llegó a concretar de una manera más científica, en ella, se exigía con amplitud y coherencia la acreditación de los elementos que integran la descripción de la conducta o el hecho delictuoso según lo determina la ley penal. En 1993, se planteó una reforma tanto a nivel constitucional como obviamente de legislación secundaria, en ella se propuso a fin de dar una mayor seguridad jurídica, el establecer con toda precisión cuales serían los elementos que configuran el hecho delictuoso descrito por la ley y para ello se recurrió a la sustitución de la figura procesal de cuerpo del delito por la sustantiva de elementos del tipo, y aquí sí que se adopta una posición dogmática concreta que se ve plasmada no en la Constitución sino en la legislación secundaria.⁷¹

En 1993 el Congreso de la Unión recibió una iniciativa de reformas que en esencia introdujo los siguientes cambios: la tradicional categoría procesal cuerpo del delito fue substituida por una concepción más ambiciosa en cuyo contenido se encontraba un conjunto de aspectos orientados a configurar de un modo más amplio los requerimientos legales para librar la orden de aprehensión o, en su caso del artículo 19, dictar el auto de formal prisión, a saber: elementos que integran el tipo penal. Como es sabido, tales elementos estaban desplegados en tres grandes rubros: elementos objetivos, elementos subjetivos y elementos normativos. Paralelamente la categoría presunta responsabilidad del inculpado fue substituida por la categoría probable responsabilidad del indiciado.⁷²

Ahora bien, con las reformas constitucionales (artículos 16 y 19) publicadas el 8 de marzo de 1999, se presenta un evidente retroceso en el sistema de justicia penal mexicano ya que los senadores establecieron que por cuerpo del delito entenderemos solo a los elementos objetivos del delito, y a los normativos cuando el tipo lo requiera, es decir, aquellos que pueden ser

⁷¹ Mancera Espinoza Miguel Ángel, Op. cit. pp. 6 - 7.

⁷² García Cordero Fernando, Op. cit. p. 99

captados a través de los sentidos y que constituyen la materialidad del hecho delictivo. Los elementos objetivos son:

- a) El sujeto activo (autoría y participación)
- b) El sujeto pasivo
- c) El bien jurídico tutelado
- d) La acción u omisión
- e) El resultado típico en los delitos de resultado
- f) Los elementos normativos
- g) Las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidas en el tipo.

Ahora bien, ¿ por que es un retroceso el retomar el concepto de cuerpo del delito ? . Como lo expuse en un principio el problema no es el continente del cuerpo del delito (si lo entendemos como lo entiende el Código Penal de Baja California que establece que se acreditara el cuerpo del delito cuando se encuentren acreditados los elementos del tipo penal), sino el contenido que le dio el Senado: " elementos objetivos y normativos del tipo penal ", por lo cual nos retrocedemos mas de cien años en la concepción del cuerpo del delito. Cabe destacar que el Código de Procedimientos Penales para el D.F., dispone en "los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito", es decir, que para acreditar el cuerpo del delito, cuando la descripción típica así lo requiera, deberán acreditarse los elementos subjetivos y normativos que se prevean. En cambio, como ya lo he señalado, el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que para acreditar el cuerpo del delito solo se tendrá que agotar los elementos objetivo, y normativos, cuando el tipo así lo requiera, por lo tanto se excluyen totalmente a los elementos subjetivos del injusto.

Si bien hubo una época en que el cuerpo del delito se entendía como los elementos materiales u objetivos de la infracción, la situación era completamente distinta en 1993. La noción del corpus delicti, había variado desde 1983, es decir, una década antes. Los artículos 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 168 del Código federal vigentes en esa fecha señalaban que el cuerpo del delito se constituye con todos " los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuosos según lo determina la ley penal ", porque el delito es precisamente ese conjunto. Si esto no ocurre en la realidad no hay delito. Es absurdo e indebido consignar, librar orden de aprehensión y dictar auto de formal prisión por algo que no es delito en los términos de la descripción típica. Es obvio que solo hay delito cuando están reunidos los elementos que acoge el tipo penal: si solo son objetivos y normativos, con ellos basta; pero si el tipo requiere además elementos subjetivos, es necesario tomarlos en cuenta, so pena que la consignación se realice por un hecho que no es delictuoso.⁷³

De nueva cuenta, nos referimos a los motivos de los defensores de las reformas en estudio, reducir las exigencias para la obtención de orden de aprehensión y para el dictado del auto de formal prisión. Pero, ¿ para que quiere mas ordenes de aprehensión la procuraduría cuando es incapaz de cumplimentar el 70% de las mismas ?, ¿ por que reducir las garantías jurídicas del gobernado para hacer mas fácil su sujeción a proceso penal ?; sin duda, es terrorífico pensar que por realizar una conducta " medianamente delictuosa ", es decir, que solo configure ciertos elementos del tipo o de la descripción normativa, podamos ser sujetos al drama penal.

La Dra. Olga Islas de González Mariscal expone algunos de los graves e irresolubles problemas que enfrentara el ministerio publico y/o la judicatura, con el contenido e la reforma son:

⁷³ García Ramírez Sergio, La reforma procesal penal en la Constitución: ¿ Derecho democrático o Derecho autoritario?, Criminalia, Ciudad de México, Septiembre - Diciembre de 1998, Numero 3, p. 95.

**1.- La comprobación de la tentativa. El elemento central de la tentativa es, precisamente el elemento subjetivo, es decir, la intención del agente, ¿ como se va a consignar por tentativa con la sola acreditación de los elementos objetivos ?, ¿ Como saber con los puros elementos objetivos cual es el tipo penal aplicable: el de tentativa de homicidio o el de lesiones consumadas ?, las solas lesiones, producidas por si solas, no resuelven el problema concreto.*

2.- Los códigos penales contienen múltiples tipos que contienen elementos subjetivos, tan decisivos que sin ellos carecen de relevancia penal, es decir, son totalmente atípicos (carecen de tipo), los correspondientes elementos objetivos. En otras palabras: la sola objetividad (sin los elementos subjetivos) no es materia de delito. De manera ejemplificativa se citan los siguientes casos:

a) Fraude: ¿ Como puede tenerse por probada la conducta de engañar o la de aprovechamiento de error sin haber probado la intención (elemento subjetivo) de engañar o la intención (elemento subjetivo) de aprovecharse del error ?. Sin la intención no hay engaño ni aprovechamiento del error.

b) Homicidio calificado: Sin el conocimiento de la situación de ventaja o de alevosía, el tipo aplicable sería el de homicidio simple.

c) Abuso sexual (atentados al pudor, en la mayoría de los códigos penales estatales); Sin el animo erótico no hay tipicidad; consecuentemente, el acto sexual queda al margen del artículo 260. Un ejemplo ilustrativo: los tocamientos realizados por todos los médicos en el cuerpo de sus pacientes constituyen por si solos el elemento objetivo y serían suficiente para ejercitar acción penal; etc.

3.- Los elementos normativos que algunos tipos contienen, se entienden como valoraciones que afectan a todo el contenido del tipo.

a) La mayoría de los fraudes específicos tienen elementos normativos, de los cuales depende la tipicidad de los elementos objetivos. Por ejemplo: en el regulado en la fracción III del

artículo 387, para tipificar es necesario entender y probar: el "endoso", el "documento nominativo", que este sea "a la orden" o "al portador", el "endosante".

b) En el estupro, si no se prueba la "castidad" y la "honestidad" (elementos normativos, exigidos en la mayoría de los códigos penales estatales), la copula es atípica y, por tanto, no hay delito.

c) En el abuso de confianza se debe de probar la "tenencia" (elemento normativo), necesaria para que se pueda aplicar el tipo de abuso de confianza.⁷⁴

El tipo objetivo es la parte externa del delito; con el tipo objetivo surge el delito como magnitud social y por tanto, penalmente relevante. Sin embargo, el tipo objetivo por si solo no constituye injusto, ya que en si no contiene ninguna acción típica y consecuentemente no cumple las condiciones mínimas del injusto. Al tipo subjetivo pertenecen precisamente aquellas circunstancias que convierten la realización del tipo objetivo en acción típica; es decir, dolo e imprudencia así como aquellos otros elementos subjetivos del injusto que menciona la ley para caracterizar el injusto o establecer un determinado quantum de injusto. El tipo subjetivo debe concurrir en el momento de emprender la acción ejecutiva.⁷⁵

La presente reforma constitucional, excluye del estudio de la orden de aprehensión, el relativo a los elementos subjetivos del tipo penal, lo que debe entenderse como la representación de conductas ciegas, como lo sostuviera Welzel. Los ánimos de lucro, de apropiación indebida los a sabiendas y tantos otros elementos de esta naturaleza que la ley penal mexicana requiere como parte integrante del tipo serán innecesarios para las determinaciones privativas de libertad.⁷⁶

⁷⁴ Islas de Gonzales Mariscal Olga, Op. cit. pp. 44 - 45

⁷⁵ Jakobs Günther, Derecho Penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1995, pp. 223 y 309.

⁷⁶ García Gabriel Regino, Op. cit., p. 31

Ahora bastara con el hecho de que yo tome por error cualquier bien o que lleve a cabo un deposito de forma descuidada, o que toque sin querer a una dama, entre otros muchos ejemplos, para que se de impulso al derecho penal, inclusive al grado de llegar a una orden de aprehensión y por que no, a un auto de formal prisión. La reforma augura muchas dicciones de autos de captura, e incluso de autos de formal prisión, pero no podemos dejar de mencionar el pronostico anticipado de muchas mas sentencias absolutorias.⁷⁷

Efectivamente, la reforma no combate la impunidad ya que el juzgador tendrá necesariamente que acreditar todos los elementos del tipo penal (subjetivos, objetivos y normativos) para emitir sentencias de carácter condenatorio, lo que no podrá hacer en la gran mayoría de los casos ya que el ministerio publico investigador se limitara a acreditar, durante la averiguación previa, el mutilado y empobrecido cuerpo del delito (elementos objetivos y normativos) para ejercitar la acción penal y con ello, terminar su "trabajo" y "compromiso" con la sociedad; estoy seguro que solo en muy pocas ocasiones y casos el ministerio publico trabajara para preparar e integrar de manera eficiente la averiguación previa, misma que en muy pocos casos servirá también al fiscal adscrito al juzgado para sustentar su acusación con elementos de pruebas bastantes para hacer convicción en el órgano jurisdiccional. Estoy cierto que los verdaderos fines políticos de la reforma son diferentes a los de capacitar, profesionalizar y dignificar a la institución del ministerio publico, estoy cierto que los fines de la reforma son oscuros, que van encaminados para que el titular del Poder Ejecutivo que detente el poder (tanto a nivel federal como local) exponga en su informe anual de gobierno que las instituciones encargadas de procurar justicia en nuestro país (Instituciones pertenecientes al Poder Ejecutivo) están actuando efectivamente; que de cada 10 averiguaciones previas que se iniciaron, 9 de ellas se consignaron, que hubieron 9 autos de formal prisión, pero ocultaran que al final de la secuela procesal también hubieron 8 sentencias absolutorias.

⁷⁷ Mancera Espinoza, Op. cit., p. 12

En conclusión, el continente de la expresión cuerpo del delito poco nos puede importar, tendremos que ocuparnos del contenido de dicho precepto, el cual podrá ser adecuado por la legislación secundaria como en los casos del Estado de Baja California (que entiende al cuerpo del delito como todos los elementos del tipo penal) o del Distrito Federal (que ordena acreditar los elementos subjetivos de la descripción típica, cuando esta lo requiera, para considerar por integrado el cuerpo del delito). Preocupa en cambio lo dispuesto en el Código Federal de Procedimientos Penales, donde solo se consideran como elementos del cuerpo del delito a los objetivos, y normativos cuando así lo requiera el tipo.

3.3 HACIA UN DERECHO PENAL LIBERAL Y DEMOCRÁTICO O HACIA UN DERECHO PENAL AUTORITARIO PARA MÉXICO.

"LAS LEYES SEVERAS, CONVIENEN MAS A LOS GOBIERNOS TIRÁNICOS, QUE A LOS DEMOCRÁTICOS". MONTESQUIEU (EL ESPÍRITU DE LAS LEYES).

El Estado Mexicano a lo largo de muchos años seguido por el espíritu de la Carta de 1917, sus avances, lentos o rápidos, se apoyaron siempre en una concepción que fundaba la posibilidad de la seguridad pública y de la seguridad jurídica en la prosperidad de los mexicanos, en la vida democrática y en la justa distribución del ingreso nacional. Con obstáculos y dificultades, pero seguro en cuanto al rumbo histórico y el proyecto de nación, el Derecho Penal mexicano buscaba dar respuesta al contenido humanista de los grandes principios y directrices de la Constitución Mexicana. Las iniciativas de reforma acertadas o equivocadas, se caracterizaban por su doctrina consistente, su apego a la técnica jurídica y con su correspondencia con los ideales que el propio Estado defendía.⁷⁸

Somos herederos de la corriente liberal y humanista de la Ilustración, que aportó un limpio concepto de justicia penal engarzado en la noción del Estado de Derecho. Con estas convicciones

⁷⁸ García Cordero Fernando, Op. cit. p. 97

derrotamos las tendencias autoritarias mas audaces y arrasadoras, que se abrieron camino en la tercera década del siglo: el llamado derecho penal del nazismo y otras expresiones tiránicas o totalitarias. El Estado será autoritario, cuando usa anticipada y excesivamente la reacción punitiva frente a la conducta ilícita o al riesgo de que esta se presente. será democrático, cuando afirma y actúa el principio de intervención penal mínima, plagado por un sistema de garantías y derechos, empleando primero los instrumentos no punitivos del control social y solo finalmente, como extremo recurso, las penas y medidas de seguridad. La expresión democrático, corresponde a un derecho punitivo consecuente con los principios, las reglas, los propósitos y el estilo del Estado democrático y social de Derecho, que extrema la atención a los Derechos Humanos, pero no descuida -con el rigor racionalmente necesario- la defensa de la sociedad contra el delito.⁷⁹

México se ha incrustado en el movimiento internacional de reforma que se inicio en la década de los cincuenta en Europa Occidental, que busca fundamentalmente la humanización de la justicia, sobre todo a partir de los horrores de la segunda guerra Mundial y procura que las legislaciones penales se ajusten a las exigencias de sistemas penales propios de los estados democráticos de derecho, es decir, sistemas penales que parten del reconocimiento y respeto de los Derechos Humanos y adoptan una serie de criterios o principios que delimitan con precisión la potestad punitiva del Estado y garantiza tales derechos. Lo anterior nos indica, que la legislación penal mexicana debe revestir características propias de un sistema penal de un estado democrático de derecho, ya que es este tipo de estado el que diseña la propia Constitución.⁸⁰

Ahora bien, ya que tenemos meridianamente conceptualizados a los estados democráticos y autoritarios y una vez que fue analizada la reforma al numeral constitucional, podemos preguntarnos:

a) ¿ En realidad tenemos un derecho penal democrático en México ?

⁷⁹ García Ramírez Sergio, Op. cit. pp. 85 - 87.

⁸⁰ Moreno Hernandez Moisés, Op. cit. p. 87.

b) ¿ Cual es el destino del Estado de Derecho democrático ?

c) ¿ Se avizora un derecho penal máximo o totalitario en nuestro país ?.

Como anteriormente se manifestó, el Estado mexicano ha luchado incansablemente por alcanzar y defender un sistema jurídico garantista de los derechos fundamentales; pero con el avance intempestivo de la delincuencia de los últimos años, ante la desesperación social por la criminalidad que crece y el descontento en torno a las medidas que se usaron contra esta y que ya no tienen la eficacia que alguna vez tuvieron; esta desesperación fue la consejera, trajo como solución, reformar, legislar, pero impaciencia legislativa trajo sus resultados: limitar las garantías constitucionales, porque constituyen un estorbo para el "nuevo sistema de justicia penal" que pretende implantarse.

En México se avizora un derecho penal autoritario, ya que desde 1994 han proliferado tendencias de un derecho penal totalitario, por ejemplo:

a) Un intenso proceso de criminalización de nuevas conductas, por la creación desmesurada de nuevas figuras delictivas;

b) El incremento constante e irracional de las penas;

c) El aumento de los casos de agravación de las penas;

d) La reducción de beneficios para cierto tipo de delitos;

e) La ampliación de la oportunidad en la actuación del MP y de sus auxiliares, en detrimento de ciertos derechos (como el de la defensa);

f) El incremento constante del personal del sistema de justicia y de seguridad publica (policías, ministerios públicos, jueces, etc.);

g) Mayores obstáculos a la libertad provisional bajo caución;

h) Casi nulo uso de alternativas a la prisión preventiva y a la pena de prisión;

i) La creación de mas centros de reclusión, incluyendo los de máxima seguridad.

Todo lo anterior, revela un endurecimiento exorbitante de los medios penales. Un sistema penal así definitivamente no puede merecer el calificativo de sistema penal democrático como lo exige el Estado democrático de derecho, sino mas bien de sistema penal autoritario o totalitario, en el que los integrantes de la sociedad viven bajo la amenaza penal, bajo el terror penal, como única forma de imponer una convivencia social ordenada, so pretexto de que todo ello es su mejor protección, y por tanto, que las medidas son totalmente justificables.⁸¹

Ciertamente, la delincuencia se ha desarrollado y proliferado a un paso exorbitante y preocupante, no solo en nuestro país sino en todo el mundo, esta delincuencia es mas organizada y mas violenta, que deja de ser ya un problema de carácter exclusivamente local o nacional, para convertirse en uno de carácter internacional o transnacional. El narcotráfico, el lavado de dinero, las defraudaciones, el terrorismo son brazos fuertes del crimen organizado que golpean y corrompen las instituciones estatales desde sus estructuras; esta criminalidad solo puede ser combatida y erradicada con una profesionalización integral en los diversos cuerpos de seguridad pública, así como con estrecha participación y colaboración con estados extranjeros. La profesionalización integral se compone con la capacitación del recurso humano, sueldos decorosos que satisfagan holgadamente las necesidades del servidor público y su familia; constante actualización profesional; modernización tecnológica de los medios para combatir el crimen; estrictas pruebas de admisión a los cuerpos policiales y depuración constante de los malos elementos; etc.

Es así, y solamente así como los estados podrán combatir y en su momento derrotar a la delincuencia; y no promulgando reformas que soslayan las garantías constitucionales de sus gobernados, no lo lograran publicando reformas oscuras en materia penal (Ley Federal de Delincuencia Organizada) que violentan el marco constitucional que tanto esfuerzo, lucha y sangre ha costado en México construir.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 90-91

Un caso claro de la tendencia autoritaria que el Derecho Penal mexicano esta tomando es la Ley Federal de Delincuencia Organizada misma que fue publicada y entro en vigor en 1996 y que enumera los siguientes cambios y características:

- a) Tipo penal equivoco que sanciona los actos preparatorios.
- b) Averiguación previa compartida entre ministerio publico y la secretaria de Hacienda y Crédito Publico, donde se le dan facultades indagatorias a esta.
- c) Extraña reserva sobre la identidad de los acusadores.
- d) Inversión de la carga de la prueba y desechamiento de la presunción de inocencia a partir de una incónfesada presunción de culpabilidad.
- e) Negociación penal a la manera anglosajona, que amuina el principio de legalidad y la moralidad en las actuaciones del Estado.
- f) La posibilidad de que surjan delitos a partir de la mera atracción discrecional por parte del ministerio publico federal.
- g) Oferta de recompensa por la captura criminal.
- h) Sistema de delaciones, con aire antiguo y tecnología moderna.
- i) Arraigo domiciliario que encubre una privación de libertad en domicilio de conveniencia del MP, con la cual queda abolida la garantía de seguridad en la detención y presentación del inculpado ante el juez natural, etc.

En conclusión, a medida que en la ley se establecen mecanismos que permiten mayor discrecionalidad y arbitrariedad en la actuación de las autoridades, en que prevalece el principio de oportunidad sobre el de legalidad, se reduzcan garantías y por tanto, las posibilidades de defensa; se propicia al desarrollo de un sistema penal de corte autoritario o totalitario.⁸²

⁸² *Ibidem*, pp. 112

CAPITULO CUARTO.

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESADO CONTENIDAS EN EL NUMERAL 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y EL ANÁLISIS DE LA REFORMA.

LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES, SON LIMITANTES A LOS PODERES PÚBLICOS, POR CONSTITUIR ESPACIOS JURÍDICOS DE LIBERTAD DEL PUEBLO DE MÉXICO A LOS QUE NO RENUNCIO AL EREGIRSE EN ESTADO SOBERANO. ESTA PROHIBIDA TODA ACTIVIDAD A LOS ÓRGANOS DEL ESTADO QUE MENOSCABE EL CONTENIDO DE LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES QUE ESTABLECEN DERECHOS DE ESA NATURALEZA. LA PROSCRIPCIÓN PRIVA DE TODA FACULTAD AL CONGRESO DE LA UNIÓN PARA CREAR LEYES QUE TIENDAN A REDUCIR LA ESFERA DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES. DR. JOSÉ ALBERTO MANCILLA OVANDO.

1.- EL TERMINO CONSTITUCIONAL.

El artículo 19 constitucional establece diferentes prohibiciones, obligaciones y requisitos en relación con la detención preventiva del inculcado, todos los cuales representan garantías del acusado en materia procesal penal. A nadie escapa que, después de la vida, la libertad personal es uno de los bienes mas preciados del ser humano, ello explica el porque todo sistema jurídico se esfuerza por rodear a la libertad personal de una serie de garantías fundamentales encaminadas a su protección. Pese a todo, entre los derechos y libertades fundamentales de la persona humana, el que, de siempre, mas ha sufrido los embates de la actividad represiva cuando no francamente

autoritaria de los órganos del Estado, es el de la libertad personal, cuya privación constituye una de las más graves irrupciones en la esfera de los derechos humanos del individuo, ya que la misma va seguida, casi irremisiblemente, de la privación o conculcación de muchos otros derechos. De ahí que la cuestión de la protección jurídica de toda persona sometida a detención por las autoridades estatales, se encuentran íntimamente vinculada con la preocupación por la protección de los derechos humanos. Dicho en otros términos, la manera en que un Estado trata a las personas que han sido privadas de su libertad personal, es un criterio muy significativo para poder juzgar la actitud estatal respecto del estado de derecho, principio este de capital importancia para la realización de los derechos humanos. Y es que, del hecho mismo de la privación de su libertad, el detenido se encuentra en una situación de gran inseguridad, cuando no de completa indefensión ante la posible comisión, por parte de las autoridades, de violaciones particularmente graves contra sus derechos. El amplio repertorio de sus violaciones de los derechos humanos, susceptibles de cometerse a raíz o en el curso de la detención, muestra con toda evidencia, que tales violaciones son cometidas típicamente por el Estado mismo, es decir, por sus autoridades, las cuales, en último caso, las ordenan, aprueban, toleran o ejecutan. De ahí que el primer párrafo del artículo 19 de la Carta Magna Mexicana, al tiempo que prohíbe mantener detenida a una persona por más de 72 horas, sin que dicha detención quede justificada mediante un auto de formal prisión, prescriba toda una serie de requisitos o exigencias, tanto de fondo como de forma, para que proceda la expedición de dicho auto. De ahí también que en el segundo párrafo de este artículo se prohíba cambiar arbitrariamente la naturaleza de un proceso, ya que este debe seguirse forzosamente por el o los delitos señalados en el auto de formal prisión.⁸³

Algunos autores sostienen que las garantías dispuestas en el artículo 19 constitucional, por tratarse de formas tutelares de los procedimientos penales, la materia debería ser ajena al estudio de las garantías individuales, que tienen un contexto de mayor hondura. Al respecto, comparto totalmente el criterio del Maestro y Ministro de la Corte, Don Juventino V. Castro, cuando

⁸³ Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., México, 1996, pp. 49, 50.

establece textualmente en su obra titulada Garantías y Amparo lo siguiente: "No estamos de acuerdo con tal criterio, porque si bien las mencionadas disposiciones constitucionales son en efecto muy detalladas respecto a los procedimientos que deben seguirse en todos los juicios penales -- y que inclusive se amplían en las disposiciones ordinarias --, también debe advertirse que al elevarse al rango de garantía constitucional ciertos procedimientos se aseguran la correcta defensa de los penalmente procesados, se esta reforzando a la libertad personal de los individuos frente al poder publico -- lo cual si es propio de las garantías constitucionales --, en forma tal que dicho poder no puede avanzar mediante disposiciones ordinarias sobre la mencionada libertad individual, impidiendo así hacerlas negatorias si se careciere de un texto regidor de aquellas normas que si pueden manejarse a un nivel inferior al constitucional".⁸⁴

Cabe señalar, que el termino constitucional de 72 horas podrá duplicarse a 144 horas, ya que a partir de la reforma al artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales, mediante decreto de 23 de diciembre de 1987, donde se adiciono con su segundo párrafo al numeral procesal citado, se establece la posibilidad de que el inculpado, por si o por conducto de su defensor, al momento de rendir su declaración preparatoria, solicite la duplicidad del termino de 72 horas de que constitucionalmente dispone el juzgador para resolver la situación jurídica de un inculpado; para estar en posibilidades de recabar elementos probatorios que estima conveniente someter a la consideración del juez, para que este los tome en cuenta al definir su situación jurídica.

Cuando de lo actuado, encuentre el juez que están satisfechos los requisitos que establece el artículo 19 constitucional, deberá dictar auto de formal procesamiento, que puede revestir la forma de un auto de formal prisión o bien de uno de sujeción a proceso.

⁸⁴ Juventino V. Castro, Op. cit. p.250.

1.1 AUTO DE FORMAL PRISIÓN.

Una de las primordiales garantías de seguridad jurídica en materia procesal penal es el auto de formal prisión o de prisión preventiva que solo puede dictarse por delitos que se sancionen con pena corporal. La pronunciación del auto de formal prisión es una garantía procesal en favor de todo indiciado cuando se le imputa un delito que se castiga con pena corporal.

El artículo 19 constitucional señalaba (antes de la reforma del 9 de marzo de 1999) que ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder el termino 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 de delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de este. 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, deberá 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.

El texto constitucional mencionado, establece que, cuando estatuye que la formal prisión deberá decretarse "siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acreditan los elementos del tipo penal del delito que se imputa al detenido..." conviene precisar que el dictado del auto de formal prisión no solo procede en los casos en que el inculcado se encuentre materialmente detenido, sino también será imperativo su dictado, reunidos los requisitos del artículo 19 que se comenta, cuando se encuentre en libertad provisional bajo caución, sin caución o bajo protesta. El artículo 19 constitucional esclarece a partir de cuando debe computarse el termino constitucional, fijando como arranque el momento en que es puesto el indiciado a disposición del juez y establece que el auto de formal procesamiento no solo debe tener como

base lo actuado en la averiguación previa , sino todo lo actuado, incluidas, naturalmente, las actuaciones realizadas en el procedimiento penal de preinstrucción. El auto de formal prisión, entre otros, produce los efectos de terminar la preinstrucción, dando inicio a la instrucción; señala el delito o delitos por los que ha de seguirse el proceso; ordena la identificación dactiloantropométrica (ficha) del procesado; suspende las prerrogativas del ciudadano a que aluden los artículos 35 en su relación con el 38 fracción II de la Constitución del País; establece el tipo de procesamiento que habrá de seguirse (ordinario o sumario); en ocasiones suspende el pago del salario(tratándose de militares); etc.⁸⁵

Jorge Alberto Mancilla Ovando, cuando trata el tema relativo a la naturaleza jurídica del auto de formal prisión, establece que este es un acto de autoridad dentro del juicio penal, que establece:

a.- La declaración del juzgador de que existen motivos bastantes para convertir la detención en prisión preventiva;

b.- Que se sujeta a proceso penal al acusado por el delito o delitos en que se funda la acción penal del Ministerio Público;

c.- Ordena se abra el juicio en su período de instrucción y se brinda a las partes el derecho de ofrecer pruebas dentro del termino previsto por la ley Reglamentaria, facultándose el desahogo de aquellas que lo requieran en el periodo de instrucción.

Mancilla Ovando, también establece, que para tener validez constitucional el auto de formal prisión debe satisfacer las siguientes formalidades y requisitos:

Las formalidades son:

⁸⁵ Hernandez Pliego Julio A., Op. cit. pp. 160, 161.

a.- Como acto de autoridad, deberá constar por escrito y firmarse por el juez de la causa penal;

b.- Debe estar debidamente fundado y motivado.

Los requisitos son:

a.- El auto de formal prisión resolverá la situación jurídica del inculcado en términos de la acusación formulada por el Ministerio Público, sin que se pueda ir mas allá de la pretensión jurídica que consagra la acción penal.

b.- El auto de formal prisión, deberá de dictarse en un termino perentorio de 72 horas, contados desde el momento en que el juez tenga al inculcado materialmente a su disposición porque este privado de su libertad o haya comparecido ante su potestad sujeto a proceso.

c.- El auto de formal prisión debe contener las siguientes circunstancias:

1.- El delito que se impute al acusado y sus elementos constitutivos;

2.- La circunstancia de ejecución, de tiempo y lugar;

3.- Los datos que arroje la averiguación previa, deben ser suficientes para comprobar la existencia del delito y la probable responsabilidad penal del inculcado.⁸⁶

1.2 AUTO DE SUJECIÓN A PROCESO.

El auto de sujeción proceso, es otra de las resoluciones con la que puede concluir la preinstrucción y para su dictado, deben satisfacerse los mismos requisitos que para el dictado de un auto de formal prisión, solamente que el delito por el que se decreta, debe tener señalada en la ley, pena alternativa o distinta a la de prisión. Este auto es incorporado al artículo 19 constitucional

⁸⁶ Mancilla Ovando Jorge Alberto, Op. cit. pp. 145, 146, 147, 148, 156, 157.

a partir de su reforma de 1993, ya que con anterioridad nada más se le relacionaba de manera tácita cuando el artículo 18 constitucional, disponía que solo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. Ahora, se reconoce expresamente que todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

De lo anterior se percata que antes de la reforma publicada el 8 de marzo de la presente anualidad, se exigía como requisitos para dictar los autos de formal procesamiento, que se acreditaran los elementos integrantes del tipo penal correspondiente al delito que se impute al inculcado y la probable responsabilidad de este.

Por lo que respecta a la comprobación de los elementos del tipo penal para colmar el requisito para el dictado del auto de formal procesamiento, el juez deberá tomar en cuenta todas las pruebas que consten en autos, a condición que no sean contrarias a derecho, para la demostración de los elementos integrantes del tipo penal.

Por lo que respecta al acreditamiento de la probable responsabilidad, cabe señalar lo expresado por Guillermo Borja Osorno, quien asegura que responsable es aquel que siendo imputable, que teniendo capacidad para responder ante el poder social, debe responder ante el, así es que la responsabilidad --continua-- es el deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad de un hecho ejecutado, de modo que cuando existan hechos o circunstancias accesorias al delito que permitan suponer fundadamente que la persona de que se trata ha tomado participación en el, en cualquiera de las formas establecidas por la ley penal, podrá hablarse de probable responsabilidad en su comisión.

Son válidos todos aquellos comentarios que vertí al respecto de la acreditación de la probable responsabilidad en la orden de aprehensión, tratado en el capítulo tercero de esta tesis, por lo que a ellos me remito para tratar el tema de la acreditación de la probable responsabilidad en los autos de formal procesamiento.

1.3 AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR.

Conforme dispone el artículo 19 constitucional, la detención ante autoridad judicial no puede prolongarse mas allá de setenta y dos horas, sin un auto de formal prisión que la justifique, mas este auto debe dictarse solamente de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido (antes de la reforma de este año), y existan datos que hagan probable la responsabilidad de este. Por eso, ante la indemonstración de cualquiera de estos datos, lo que procede es que el juez ponga en libertad por falta de elementos al inculcado, sin perjuicio de que por pruebas posteriores se actúe nuevamente en su contra; en estos casos, no procederá el sobreseimiento hasta que prescriba la acción penal (artículos 167 CFPP y 302 del CPPDF), además de que el juez, por imperativo del artículo 303 del CPPDF, deberá mencionar en su resolución las omisiones en que hayan incurrido el Ministerio Público o la Policía, cuando la ausencia de prueba de los elementos del tipo o de la probable responsabilidad, sean debidas a ellas, para que se exijan las responsabilidades del caso. De igual manera, procederá la libertad, cuando este demostrada alguna de las causas excluyentes del delito, relacionadas en el artículo 15 del Código Penal (legítima defensa o estado de necesidad, por ejemplo), o bien cuando haya prueba de la existencia de alguna circunstancia extintiva de la acción penal (prescripción, caducidad, perdón del ofendido en su caso, etc.). En estos casos, la libertad que se otorgue al inculcado, tendrá efectos de sentencia absolutoria.

El artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el D.F., dispone: "Cuando se haya negado la orden de aprehensión o de comparecencia, o distado el auto por falta de elementos para procesar, sino se aportan por el ofendido o por el Ministerio Público pruebas dentro de los 60 días a partir del siguiente en que se haya notificado estas resoluciones, o su desahogo, no son suficientes para librar las ordenes referidas, se sobreseera la causa".

Por su lado el artículo 167 del Código Federal de Procedimientos Penales, dispone: " Si dentro del término legal no se reúnen los requisitos necesarios para dictar el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, se dictara auto de libertad por falta de elementos para procesar o de no sujeción a proceso, según corresponda, sin perjuicio de que por medios posteriores de prueba, se actúe nuevamente en contra del inculpado; en estos casos, no procederá el sobreseimiento hasta en tanto prescriba la acción penal del delito o delitos de que se trate..."

2.- ÚNICAMENTE POR EL DELITO O DELITOS SEÑALADOS EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O DE SUJECCIÓN A PROCESO SE SEGUIRÁ TODA CAUSA.

El artículo 19 constitucional, prohíbe en su segundo párrafo, cambiar arbitrariamente la naturaleza de un proceso, ya que este debe seguirse forzosamente por el o los delitos señalados en el auto de formal prisión.

El Maestro Don Ignacio Burgoa Orihuela, en su obra titulada "Garantías y Amparo", nos dice que esta determinación enfática implica que la sentencia que en dicho proceso se pronuncie no debe fundarse en hechos diferentes de los que hubiesen integrado los delitos por los que se haya dictado el auto de formal prisión, aunque si puede variar la clasificación delictiva. En otras palabras, la expresión "Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso", se refiere a los hechos delictivos en el determinados pero no a su clasificación legal.

Al respecto, el Maestro Don Juventino Castro, nos dice que "debe aclararse que cuando el artículo habla del delito, y a la prohibición de variar la clasificación del mismo, esto no hace referencia a la figura típica delictiva especificada en las disposiciones penales, sino a los hechos materiales que son el contenido de la tipicidad, los cuales no pueden variarse dentro del proceso,

porque en tal forma se impediría una correcta defensa por parte del procesado, que enderezo sus probanzas respecto de un hecho determinado, y es sentenciado por otro u otro diversos.

3.- ANÁLISIS DE LA REFORMA AL ARTICULO 19 CONSTITUCIONAL.

"EL LEGISLADOR TIENE UNA VENTAJA SOBRE EL JUEZ QUE CONOCE DE UNA CONTIENDA. EL JUEZ NO PUEDE ABSTENERSE DE SENTENCIAR. SE LE HA SUSTRÁIDO LA POSIBILIDAD DE DECIR, COMO SUS COLEGAS ROMANOS: NON LIQUET. PERO EL LEGISLADOR PUEDE RESISTIR, Y A VECES DEBE RESISTIR. ES VERDAD QUE LEGISLAR CONSTITUYE SU MISIÓN Y SU OBLIGACIÓN, CUANDO HAY POR QUE Y PARA QUE HACERLO; PERO ES VERDAD QUE NO LEGISLAR PUEDE SER OTRA FORMA DE SERVIR AL PUEBLO Y DE ASUMIR Y CUMPLIR UNA OBLIGACIÓN.." DR. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ.

3.1 LOS MOTIVOS DE LA REFORMA

"SE DICE QUE ES PREFERIBLE CONTAR CON BUENOS JUECES QUE DISPONER DE BUENAS LEYES, Y QUE UN JUZGADOR EXCELENTE HACE PRODIGIOS CON UNA MALA LEY. NO LO HE CREÍDO NUNCA NI LO CREO AHORA. POR EXCELSOS QUE SEAN LOS FUNCIONARIOS – ALGUNOS, SOLO UNOS CUANTOS – NO PODRÁN HACER JUSTICIA CON UNA LEY INJUSTA, NI SEMBRAR CLARIDAD CON UNOS MANDAMIENTOS OSCUROS". DR. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ.

El artículo 19 constitucional antes y después de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de marzo de 1999:

ANTES: Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de 72 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 este.

DESPUÉS: Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de 72 horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresaran: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado. Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley.

Ya en el capítulo tercero del presente trabajo, analizaba los motivos y justificaciones que las autoridades tomaron en cuenta para la reforma constitucional. Las autoridades creyeron en la existencia de un rezago del marco jurídico, mismo que no ha evolucionado en la misma proporción que la delincuencia, además, también considero, que ese marco jurídico ha permitido la impunidad de muchas personas, ya que el ordenamiento ha sido un serio obstáculo para que las instancias procuradoras de justicia al momento de actuar contra la delincuencia, lo hagan con la oportunidad y severidad posibles.

En esencia, el sentido de reformar el artículo 19 constitucional es que se emitan un gran número de autos de procesamiento, ya que el órgano jurisdiccional tendrá que justipreciar que los datos que arroje la averiguación previa, sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado. Al igual que en el artículo 16 constitucional, por cuerpo del delito entenderemos aquellos elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, así como los normativos, en el caso en que la descripción típica lo requiera (art. 168 CFPP).

Como mencione, en el tercer capítulo de esta tesis (punto 3.1 "los motivos de la reforma al art. 16 constitucional), plasme una síntesis de los motivos que el legislador considero (basado obviamente en los motivos considerados por el ejecutivo), para llevar a cabo la reforma constitucional, de los cuales se desprende que los reformistas, sostienen que los problemas de inseguridad, de aumento de la criminalidad se deben a las fallas existentes en la legislación. Volvemos, pues, al fácil recurso de culpar a la ley y no a los encargados de hacerlas cumplir, volvemos al fácil recurso de recurrir a fórmulas fracasadas en lugar de profesionalizar a los integrantes de las instituciones facultadas para hacer cumplir las leyes.

Los motivos de las reformas (según las autoridades que la iniciaron, defendieron y promulgaron --los reformistas--), tiene como fin, el hacer creer al gobernado que la ley (constitucional en este caso) es la que no sirve, la que ha perdido la batalla contra la delincuencia, mas no se reconocen los auténticos errores, fallas y problemas que han hecho que la criminalidad atente y lesione las bases mismas del Estado Mexicano.

Sin duda, no comparto los motivos de los reformistas; no puedo concebir siquiera que los problemas de México se solucionan instaurando estados autoritarios, ni tampoco, que se soluciona soslayando y restringiendo derechos y garantías. Tampoco puedo concebir al derecho penal -- como bien lo señala el Maestro Gabriel Regino García-- como mecanismo de presión para acallar las inconformidades y ejercer la mano dura para hacer cumplirlas determinaciones del grupo político en el poder; no puedo ni debo olvidar el fundamento y fin del orden jurídico, ideado como medio para garantizar la convivencia social y no como medio para aterrorizar a los gobernados.

Admito la preocupación de la sociedad ante el aumento desmesurado de la delincuencia, también el carácter urgente y necesario de combatir la criminalidad, se reconoce y es palpable el rezago de las instituciones encargadas de procurar y administrar justicia; pero también considero que es aberrante e ilógico que se pretenda resolver el flagelo de la delincuencia y se combata a la impunidad y corrupción restringiendo las garantías y derechos de los gobernados.

En la legislación secundaria han prosperado determinadas reformas, que tienen como bien reducir los beneficios y aumentar los requisitos para el otorgamiento de la libertad provisional (medidas que van desde ampliar el catalogo de los delitos graves y aumento de la punibilidad, hasta volver a fórmulas superadas como la media aritmética), las cuales aunadas y en relación con la reforma del artículo 19 constitucional, donde se prevé que se dicten autos de formal prisión de forma sumarísima, me pregunto entonces ¿habrá la capacidad suficiente en las cárceles, reclusorios y centros penitenciarios para albergar a miles de personas que quedaran formalmente presas sin beneficio de la libertad provisional?. El Maestro Gabriel Regino García, al respecto establece: "Las cárceles, de por si insuficientes e inútiles, serian desbordadas por el numero de internos, lo que originaria sendos motines y a su vez represión". El Maestro señalado al respecto de la reforma constitucional también establece: "Esta reforma, se convertiría en un factor criminógeno, al aumentar la corrupción en las áreas de procuración de justicia, donde seguramente se vendería, al mejor postor, el juicio de probabilidad de hallarse acreditados los elementos del tipo penal. Convertiríamos al Derecho Penal, en un instrumento autentico de venganza privada, pues ahora, por citar tan solo un ejemplo, cualquier conducta civil, podría ser señalada como penal, para que las personas obtengan mediante la extorsión, el pago de cantidades a las que tendrían o no derecho, en un juicio estrictamente civil. No pretendemos con esto, asumir una postura extrema en defensa de las personas que sean acusadas de realizar actividades ilícitas y apoyar la impunidad, en perjuicio de la aplicación de la ley, sino que precisamente se pretende llamar la atención para evitar abusos en contra de cualquier persona. No es el momento para discutir sobre la axiología de la defensa penal, en el sentido de si esta debe defender a la persona o luchar por el imperio de la ley como medio de acceso a la justicia, sino de evitar la instauración de sistemas injustos de memoria no grata en nuestro continente".⁸⁷

Anteriormente (Capitulo Tercero de la tesis) analice el ¿porque no se escucho y tomo en cuenta verdaderamente las opiniones y críticas de la comunidad jurídica mexicana desde la

⁸⁷ Regino García Gabriel, Op. cit. pp. 34 - 35

gestación de la reforma constitucional? ¿Porque el Ejecutivo Federal y el Senado de la República hicieron oídos sordos a las múltiples y diversas manifestaciones no solo de la comunidad jurídica sino de toda la sociedad civil?, es algo que no he podido entender, porque de verdad hubieron un sinnúmero de foros, mesas redondas, simposiums, talleres, compuestos todos por relevantes investigadores, miembros activos de partidos políticos y organizaciones no gubernamentales, juristas, abogados, servidores públicos, litigantes y estudiantes, quienes manifestaron en su gran mayoría que las reformas eran inviables, improcedentes, restringidora de garantías constitucionales, e irrelevante para el restablecimiento de la seguridad publica.

Ejemplo de lo anterior fue lo manifestado por el **Taller Ciudadano de Propuesta Legislativa**, que sostuvo lo siguiente:

"Frente a la argumentación de la iniciativa, que es al mismo tiempo, ingenua y violadora de los derechos humanos, injusta y acomodaticia ya que pretende reducir el problema del restablecimiento de la seguridad publica a una cuestión puramente administrativa, es decir, simplificar en favor de un Estado autoritario y casi de excepción, las formalidades procedimentales para girar ordenes de aprehensión y dictar autos de formal prisión, el Taller Ciudadano de Propuesta Legislativa ofrece un enfoque mas amplio y realista y atiende a profundidad las causas de la grave y lamentable desorganización de la sociedad contemporánea. La inseguridad publica se origina, si prescindimos por ahora del fracaso de la política económica del Estado, en la ineptitud y tremenda ineficacia de las procuradurías en el cumplimiento de su trabajo de investigación y persecución de los delitos. En este hecho radica el origen, la causa y los motivos que hacen posible el imperio de la impunidad, no en la supuesta rigidez de la legislación constitucional, como sostiene el texto del Ejecutivo Federal, texto que entra en contradicción con las demandas de la sociedad civil para quien esta muy claro el negativo papel que juega tanto el Ministerio Publico como las corporaciones policiacas.

La iniciativa pide, también, mayor flexibilidad para dictar autos de formal prisión, siendo que una vez el presunto infractor es aprehendido, la probabilidad de ser sujeto a proceso es de 97%, según datos de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

El Taller se pregunta: ¿Como es posible que se busque flexibilizar los requisitos para dictar un auto de formal prisión, cuando se otorgan con tal facilidad?. Con cierto dejo de humor negro los redactores del dictamen recuerdan la desafortunada frase irresponsable repetida en los tribunales: un vaso de agua y un auto de formal prisión no se le niega a nadie

También es de sobra conocida la sobre población que corroe al sistema penitenciario mexicano; el alargamiento de los procesos; la atracción de los asuntos a la competencia que mas conviene al Ministerio Publico Federal; y, la dificultad de los jueces para enfrentar con criterios técnicos, científicos, humanos y equitativos, los diferentes procesos que debe conocer. A todas estas anomalías del sistema penal mexicano se sumara ahora, de ser aprobada la iniciativa, ordenes de aprehensión y autos de formal prisión, sumarísimos , propios de un estado policiaco".⁸⁸

El Maestro Fernando García Cordero, enumeró, en relación a la iniciativa de reformas constitucionales, una serie de deficiencias, que a continuación se citan:

Primero, el proyecto de reforma constitucional carece de técnica procesal, da la impresión de estar redactado por autores ajenos al derecho o que hablan y piensan en otro idioma.

Segundo, el proyecto de reforma emprende el camino fácil, esto es, esta concebido para ampliar los márgenes discrecionales —en otras palabras autoritarios y prepotentes — del Ministerio Publico y de los jueces. La sociedad no cuenta, los colegios profesionales no cuentan, la investigación generada en nuestras facultades, institutos y academias no cuentan, las exigencias y los reclamos de la sociedad no cuentan. Si cuentan las facultades otorgadas a un poder que por su ineptitud para garantizar la seguridad jurídica de los gobernados, y propiciar el orden publico, solo puede intervenir como si la nación viviera en un estado de excepción, la policía sustituye a la moral publica.

⁸⁸ García Cordero Fernando, Op. cit. pp. 101 - 102

Tercero, bajo estas condiciones es natural que el equilibrio de las partes en los procesos penales y el derecho a la defensa pasen a un segundo plano, sean derechos nugatorios, letra muerta.

Cuarto, la iniciativa viola tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano y en los que se ha comprometido para respetar los derechos humanos.

Quinto y ultimo: Con un propósito ajeno a los principios de la Constitución de 1917, y servil ante los centros financieros de poder, de imitar extralógicamente el sistema punitivo anglosajón, la iniciativa desplaza en favor de un modelo y de mecanismos autoritarios la técnica procesal.”⁸⁹

Sin duda, no pasara mucho tiempo para que la historia juzgue la reforma constitucional que en este trabajo se analiza y critica; tampoco pasara mucho tiempo para que la historia juzgue a los autores de la reforma. Concluyo este punto con un pensamiento del Dr. Moisés Moreno Hernandez, que a la letra dice: *“La función del legislador es fundamental, en cuanto que de su ejercicio adecuado podrá originarse una política criminal que realmente responda a las expectativas de la sociedad, de cuyas medidas se desprenda una efectiva lucha contra la delincuencia, sin que esa lucha traiga como consecuencia una mayor afectación, sino una mejor protección de los bienes jurídicos de los individuos y de la sociedad”.*⁹⁰

3.2 LOS “NUEVOS” REQUISITOS PARA DICTAR EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN.

“EL DERECHO PENAL DEBE SER RACIONAL Y GARANTISTA”.

LUIGI FERRAJOLI

Del texto constitucional reformado se percata que los elementos para acreditar o requisitos que debe cumplir el juez para emitir el auto de formal prisión son:

⁸⁹ García Cordero Fernando, Op. cit. pp. 82 - 83.

⁹⁰ Moreno Hernandez Moisés, Op. cit. p. 111

I.- Que de los datos que arroje la averiguación previa deben ser bastantes para acreditar el **cuerpo del delito**.

II.- Que de los datos que arroje la averiguación previa deben ser bastantes para acreditar la **probable responsabilidad** del indiciado.

Por lo anterior podemos hacernos las siguientes preguntas: ¿Que debo entender por cuerpo del delito?, ¿Con que datos se acreditara el cuerpo del delito?, ¿Cuales son los elementos del cuerpo del delito?, ¿Con que datos se hará probable la responsabilidad del indiciado?

Primeramente analizaremos algunos cambios literales y de interpretación que ha sufrido el numeral 19 constitucional, en lo referente al auto de formal procesamiento. Este precepto, en su redacción original y en la parte que nos interesa, establecía lo siguiente:

Artículo 19 constitucional: "Ninguna detención podrá exceder del término de 3 días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresaran: el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquel, 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".

Conforme a este precepto, advertimos que necesariamente, para librar una orden de aprehensión, era requisito el que estuviese comprobado el cuerpo del delito de que se tratase. Esto lo deducimos de la parte en que dicho texto establece: *y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito*. No podría concebirse que se emitiera una orden de aprehensión, sin cuerpo del delito, y que una vez aprehendido el indiciado, durante el término constitucional de 72 horas, el juez hallara nuevos elementos para considerar la existencia del cuerpo del delito, dado que conforme a la redacción señalada, este

debería ceñirse a los datos arrojados por la averiguación previa, limitación que inclusive, dejaba sin efecto, constitucionalmente, las ampliaciones de termino constitucional y podrían permitir, validamente, que un juzgador, dejara de apreciar las pruebas aportadas durante el termino, porque constitucionalmente estaba limitado a valorar exclusivamente las pruebas obtenidas durante la indagatoria.⁹¹

Ahora bien, aunque nos pareciera literalmente igual el sentido del artículo 19 constitucional antes de la reforma de 1993 y la publicada en marzo de este año, no lo es así, ya que si bien es cierto, que los datos de la averiguación previa deberían ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito, no entendíamos (como se entiende el concepto cuerpo del delito, a partir de la reforma constitucional de marzo de 1999) como el conjunto de elementos objetivos o materiales que dan corporeidad al hecho delictuoso, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera, es decir, el cuerpo del delito, (a partir de la reforma de 1984) ya no se entendía como el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho previsto como delito por la ley, sino que acreditar al cuerpo del delito significaba la acreditación de los elementos que integran la descripción de la conducta o el hecho delictuoso según lo determinaba la ley penal; concepto amplio y garantista que obligaba a acreditar todos los elementos de la descripción normativa, es decir, si una conducta necesariamente necesitaba para adecuarse al tipo de la acreditación de elementos subjetivos, era necesariamente indispensable realizarlo, para que dicha conducta fuera considerada delictuosa.

Con la reforma al artículo 19 constitucional en 1993, en la parte que nos interesa quedo bajo el siguiente tenor: "Ninguna detención ante autoridad Judicial podrá exceder del termino de 72 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 este".

⁹¹ Regino García Gabriel, Op. cit. pp. 37 - 38.

Como puede advertirse, esta reforma alcanzo una mejor técnica jurídica. En efecto, al reformarse igualmente el artículo 16 de la Constitución General de la República, era lógico que si se había librado una orden de aprehensión, habiéndose demostrado los elementos del tipo penal, el dictado del auto de formal prisión sería una consecuencia lógica y jurídicamente necesaria, a menos, de que solicitándose la duplicidad del termino o en el termino mismo, se aportasen pruebas que desvirtuaran los elementos del tipo penal o la probable responsabilidad del inculpaado, valoración a la que ahora si se halla obligado constitucionalmente el Juez de la causa, cuando el texto dispone *y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido*. De esta manera, el proceso penal se halla en camino de alcanzar un mejor grado de justicia para todos los que en el intervienen.⁹²

El hecho de que el numeral 19 constitucional exigiera al juez como requisito para dictar el auto de formal prisión, el acreditar los elementos del tipo penal, dio mayor seguridad jurídica al gobernado, ya que explícitamente se dispuso en la legislación secundaria lo que debía comprobarse para acreditar los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo que los exigiere, es decir, era claro cuales eran y como acreditar los elementos externos o corpóreos; cuales eran y como acreditar los ánimos, las intenciones, los a sabiendas, etc.; eran evidentes también los elementos que necesitaban una valoración jurídica o cultural para su interpretación.

Como se expuso al inicio del presente punto de la reforma constitucional del presente año se percata que para que el juez dicte el auto de formal prisión, deben comprobarse, de los datos que arroje la averiguación previa, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad. Cabe señalar que según el criterio del legislador federal (art. 168 CFPP) entenderemos por cuerpo del delito, solo aquellos elementos objetivos o materiales del tipo penal, es decir, a los que son susceptibles de ser tangibles a través de los sentidos, así como los normativos, en el caso de que la

⁹² Regino Garcia Gabriel, Op. cit. pp. 38 - 39.

descripción típica lo requiriera, desechando por lo tanto, el análisis de los elementos subjetivos del tipo para decretar el formal procesamiento de un gobernado.

Los elementos objetivos del tipo son los siguientes:

- a) El sujeto activo
- b) El sujeto pasivo
- c) El bien jurídico tutelado
- d) La acción u omisión
- e) El resultado típico de los delitos de resultado
- f) Los elementos normativos (algunos autores los consideran como elementos objetivos del tipo, otros creen en su autonomía)
- g) Las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidas en el tipo.

Por lo anterior, y como lo dispone el artículo 168 del CFPP, solo bastara acreditar esos elementos para tener por configurado el cuerpo del delito, es decir, con la acreditación de la parte externa del delito y de los elementos normativos (y con la acreditación de la probable responsabilidad, claro esta), podrán someter a proceso penal a cualquier gobernado y si se tratase de delitos que no gocen del beneficio de la libertad provisional, obligarían al indiciado a llevar toda la secuela procesal (que muchas ocasiones se traduce en años) privado de su libertad en un reclusorio. ¿Que pasara con los tipos penales que forzosamente para existir necesitan de la acreditación de los elementos subjetivos?, ¿será privado de la libertad o declarado formalmente preso aquella persona que realice una conducta "medianamente delictuosa"?; desgraciadamente si, cualquier gobernado podrá ser sometido al drama penal por ciertas conductas que "medio parecen" delitos (Verbigracia, consignara el Ministerio Publico; librara orden de aprehensión y dictara auto de formal prisión el Juez, en delitos como el fraude, únicamente acreditando los elementos objetivos y normativos, cuando el elemento subjetivo, es decir, el animo de lucro, de

ganancia indebida, es necesario y fundamental para su existencia y configuración.), desencadenado por lo tanto un retroceso en materia de protección a los derechos humanos y convirtiendo en letra muerta las garantías constitucionales del procesado.

Por lo que hace al segundo requisito de fondo para dictar el auto de formal prisión previsto en el numeral 19 de la Constitución general, es decir, el acreditamiento de la probable responsabilidad con los datos que consten en la averiguación previa, diríamos que deja fuera de todo contexto el trabajo que el órgano de la defensa pudiera hacer para demostrar en el termino constitucional la inocencia del acusado, es decir, desvirtuar la acreditación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad, ya que, literalmente el artículo 19 constitucional dispone que el juzgador tomara solo en cuenta para dictar o no el auto de formal procesamiento, solo aquellos datos que arroje la averiguación previa. Queda claro pues, lo carente de técnica legislativa y de conocimiento de la materia de la reforma en estudio, ya que, ¿para que elevar a rango constitucional la duplicidad del termino como garantía del indiciado, con el supuesto fin de que el o su defensa ofrezcan y desahoguen elementos probatorios que desvirtúen la acusación?, repito, ¿para que?, si el texto constitucional obliga al Juez a constreñirse para el dictado del auto de formal prisión a justipreciar solo "los datos arrojados por la averiguación previa", es decir, esta limitado a valorar exclusivamente las pruebas obtenidas durante la indagatoria. Señores legisladores, existe una clara y evidente contradicción en el numeral 19 constitucional, ya que por una parte se eleva a garantía constitucional el hecho de que el acusado ofrezca pruebas durante el termino constitucional, y por otra, constriñe al juzgador a solo valorar las pruebas contenidas en la indagatoria ministerial para el dictado del auto de formal procesamiento.

La probable responsabilidad deberá acreditada con los datos (o mejor dicho pruebas) que consten en la indagatoria, las cuales deberán ser bastantes para hacer suponer la existencia de indicios que permitan, fundadamente, suponer que alguien, tuvo intervención culpable en el hecho delictivo. La palabra probable, proviene del latín *probabilis* y significa aquello de lo que hay buenas razones para creer, lo que es verosímil, lo que se funda en razón prudente, esto es, lo probable es

un posible que mas fácilmente puede ser que no ser. Suena incorrecto decir que hay probable responsabilidad cuando alguien participo u tuvo intervención en un hecho presumiblemente delictivo, porque puede ser que efectivamente se haya intervenido o participado en el hecho aparentemente delictuoso, sin que eso necesariamente determine la probable responsabilidad en su comisión, verbigracia, cuando esa intervención esta amparada por una causa excluyente del delito.

Para el dictado del auto de formal prisión deberán acreditarse con los "datos bastantes que arroje la averiguación previa", el mutilado y empobrecido cuerpo del delito (elementos objetivos o materiales del tipo y elementos normativos según sea el caso), y la probable responsabilidad que se traduce en la existencia de indicios (datos o pruebas de la averiguación previa) que supongan o hagan suponer que alguien tuvo intervención culpable en la comisión de un delito.

Como ya ha quedado manifestado, es importante analizar el contenido que la legislación secundaria dará al concepto de cuerpo del delito.

CONCLUSIONES.

PRIMERA: En los Estados democráticos los derechos fundamentales de los gobernados, como la vida, la libertad, propiedad, trabajo, seguridad pública y jurídica, están explicitados en las garantías individuales y sociales, que constituyen auténticas limitantes a la actividad arbitraria y caprichosa de los poderes públicos.

SEGUNDA: En México, las garantías individuales están incluidas en un cuerpo normativo denominado Constitución, Pacto Político, Carta Magna, Ley Fundamental; por lo que toda reforma a dicho cuerpo normativo repercute directamente en el gobernado, en su vida, en su libertad, en sus bienes y derechos, ya que la Constitución como base que cimienta el Estado, contiene principios que por su carácter de garantías individuales o derechos del hombre, son incluidos en ella como normas legales que regulan la actividad y actuación del Estado.

TERCERA: El Estado mexicano ha buscado en su devenir histórico constituirse como un estado democrático, mismo que ve en peligro su existencia al promulgarse leyes y al expedirse reformas que soslayan garantías y que violentan el marco constitucional que tanto esfuerzo, lucha y sangre ha costado en México construir. La decadencia que sufre el sistema de justicia penal mexicano no puede ser combatida a través de la fácil solución de reformar la Constitución y la legislación en general; reformando con el fin de olvidar el espíritu garantista de nuestro orden jurídico, mismo que se ha visto implícito y reflejado desde la Constitución de Apatzingán de 1814, hasta la Constitución vigente de 1917. El ejercicio del poder coactivo del Estado, debe estar regido, pues, por principios garantistas de respeto por los derechos humanos, y estar encaminado a realizar su objetivo de carácter mediato: La paz y la seguridad sociales.

CUARTA: En 1993 se reformaron los artículos 16 y 19 constitucionales, para sustituir el concepto de "cuerpo del delito" por el concepto de "elementos del tipo penal", cuya concepción es mas ambiciosa, en cuyo contenido se encontraban un conjunto de aspectos orientados a configurar de un modo mas amplio los requerimientos legales para librar la orden de aprehensión o para dictar el auto de formal prisión. Los elementos del tipo penal estaban desplegados en tres grandes rubros: elementos objetivos, elementos subjetivos y elementos normativos. Paralelamente la categoría "presunta responsabilidad del inculpado" fue substituida por la categoría "probable responsabilidad del indiciado". A partir de 1994 la sociedad mexicana se vio sacudida por una serie de hechos de sangre nunca antes vistos, por lo que la justicia penal adquirió un papel relevante; movimientos beligerantes, guerrilla, homicidios de políticos de primer nivel, corrupción y descomposición en las instituciones procuradoras y administradoras de justicia, secuestros, desarrollo alarmante de la delincuencia organizada, el narcotráfico y todas sus consecuencias, matanzas de campesinos, osamentas y videntes, sirvió para crear un ambiente de preocupación y miedo en la sociedad; se percibe una evidente y clara falta de credibilidad en las instituciones de la República, lo que consecuentemente lleva a "sacar al vapor" leyes propias de un estado máximo o totalitario y que da su primer resultado en 1996 con la promulgación de la ley federal contra la delincuencia organizada.

QUINTA: Con la reforma constitucional del 8 de marzo de 1999, se suprime el concepto "elementos del tipo penal" de los numerales 16 y 19, colocando en cambio un mutilado y empobrecido concepto de "cuerpo del delito"; por el cual, entenderemos como aquellos elementos objetivos, materiales o externos que dan corporeidad al tipo. Bastara pues la simple acreditación del cuerpo del delito (y la acreditación de la probable responsabilidad del indiciado) para que se libere una orden de aprehensión o se dicte un auto de formal prisión. Es probable, pues, una serie de violaciones al gobernado, ya que será aprehendido y sometido a proceso penal por algo que no es delito en los términos de la descripción típica, ya que si determinado tipo penal (como en los delitos de fraude o robo), no se acreditara el elemento subjetivo, consignaría el Ministerio Publico,

libraría la orden de aprehensión el Juez, o bien dictaría este el auto de formal prisión, por un hecho que no es delictuoso, ya que sin la acreditación del animo o la intención del agente activo (elemento subjetivo) no podría existir la configuración del delito.

La probable responsabilidad deberá ser acreditada (para el libramiento de la orden de aprehensión y para el dictado del auto de formal prisión), con los datos o pruebas que consten en la indagatoria, las cuales deberán ser bastantes para hacer suponer la existencia de indicios que permitan, fundadamente, suponer que alguien tuvo intervención culpable en el hecho delictivo.

SEXTA: Es ilógico y carente de técnica legislativa el hecho de que en el artículo 19 se eleve a rango constitucional el derecho o garantía del procesado de solicitar la duplicidad del término de 72 horas con el fin de ofrecer y desahogar elementos probatorios que desvirtúen la acusación, ya que el texto constitucional obliga y constriñe al Juzgador a justipreciar solo los "datos arrojados por la averiguación previa" para decidir si se dicta un auto de formal prisión o un auto de libertad por falta de elementos, es decir, el órgano jurisdiccional está limitado a valorar exclusivamente las pruebas obtenidas durante la indagatoria.

SÉPTIMA: La sociedad sufre el desarrollo y la violencia con que actúa la delincuencia. El crimen como primordial problema de México no se solucionará reformando leyes y restringiendo garantías del gobernado, no se solucionará teniendo mayor población en los centros penitenciarios; se solucionará cuando exista una política económica que garantice la prosperidad de los mexicanos, se solucionará, cuando existan mayores y mejores oportunidades para aquellos 40 millones de compatriotas que se encuentren sumidos en la pobreza, se solucionará, cuando entendamos que los avances de la política económica van mas allá de lo que reflejan las cifras macroeconómicas y cuando se entienda que dicha política económica vaya dirigida a hacer posible que el campesino, obrero, profesionista, comerciante, etc., tengan suficientes recursos para garantizar las necesidades de su familia y el acceso de sus hijos a la educación, se solucionará, cuando se profesionalice integralmente a las autoridades facultadas para combatir el

hampa, entendiendo por esto, la capacitación del recurso humano, sueldos decorosos que permitan satisfacer las necesidades del servidor publico y de su familia, constante actualización profesional, modernización tecnológica de los medios para combatir el crimen, estrictas pruebas de admisión a las corporaciones policiacas y depuración constante de los elementos corruptos. Es así como el Estado mexicano podrá combatir y en su momento derrotar a la delincuencia y por lo tanto, al problemas gravísimo de la inseguridad. Deberá, por tanto, destinarse mayores recursos a los órganos procuradores y administradores de justicia, pero no destinando recursos para contratar a 10,000 policías mas y crear nuevas corporaciones, sino para profesionalizar integralmente a las autoridades, pues mas valen 10 policías capacitados, profesionales, eficaces y comprometidos con su trabajo y con el País, que 10,000 policías o corporaciones plagadas de corrupción. Deben destinarse pues mayores recursos para combatir el mas grave problema que sufre nuestra Patria: La inseguridad publica, deben destinarse recursos al sistema de justicia penal mexicano con el mismo "entusiasmo y rapidez" conque se destinan recursos para salvar un banco.

OCTAVA: Se debe entender sin duda como un retroceso en el Sistema de Justicia Penal Mexicano el hecho de haber reformado los numerales 16 y 19 del Pacto Político Federal, se debe entender a la reforma como restrictiva y conculcadora de principios constitucionales. Estoy también convencido que la reforma constitucional que en este trabajo se analiza no fue realizada dolosamente por las autoridades que la formaron para perjudicar al pueblo de México, ya que ningún político o servidor publico podría pensar en atentar contra su pueblo, pero también estoy convencido que debido a la falta de conocimiento de la materia por parte de los que la iniciaron y posteriormente por los que la aprobaron con maquillados cambios, y a la presión incesante de la ciudadanía, al reclamo enardecido del gobernado a sus autoridades para frenar y combatir a la delincuencia, gestó y dió a luz una reforma que en lugar de abatir el crimen propicia un Estado totalitario y represor, donde todos los mexicanos vieron vulnerados sus derechos previstos en la misma constitución con el carácter de garantías.

BIBLIOGRAFÍA.

I.- LIBROS

- 1.- BORJA OSORNO GUILLERMO, DERECHO PROCESAL PENAL, ED. JOSÉ M. CAJICA JR., MÉXICO, 1969.
- 2.- BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO, 1992.
- 3.- ———, LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO, 1994.
- 4.- ———, LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO, 1996.
- 5.- CASTAN TOBEÑAS JOSÉ, LOS DERECHOS DEL HOMBRE, EDITORIAL REUS, ESPAÑA, 1992.
- 6.- CASTELLANOS TENA FERNANDO, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, EDITORIAL PORRUA, 32 EDICIÓN, MÉXICO, 1993.
- 7.- CASTILLO DEL VALLE, ALBERTO DEL, GARANTÍAS INDIVIDUALES Y AMPARO EN MATERIA PENAL, EDITORIAL DUERO, MÉXICO, 1996.
- 8.- CASTRO JUVENTINO V., LECCIONES DE GARANTÍA Y AMPARO, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO, 1991.
- 9.- CRUZ AGUERO LEOPOLDO DE LA, PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO: TEORÍA, PRACTICA Y JURISPRUDENCIA, EDITORIAL PORRUA, SEGUNDA EDICIÓN, MÉXICO, 1996.
- 10.- CUELLO CALON EUGENIO, DERECHO PENAL, TOMO I, PARTE GENERAL, BOSCH, BARCELONA, 1975.
- 11.- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, PROCESO PENAL Y DERECHOS HUMANOS, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO, 1992.
- 12.- HERNANDEZ PLIEGO JULIO A., PROGRAMA DE DERECHO PROCÉSAL PENAL, EDITORIAL PORRUA, PRIMERA EDICIÓN, MÉXICO, 1996.
- 13.- HERRERA LASSO Y GUTIÉRREZ, EDUARDO, GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA PENAL, INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES, MÉXICO, 1984.
- 14.- HERRERA ORTIZ, MARGARITA, MANUAL DE DERECHOS HUMANOS, EDITORIAL PAC, MÉXICO.
- 15.- JAKOBS GUNTER, DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. FUNDAMENTOS Y TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN, MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS S.A., MADRID, 1995.
- 16.- LARA PONTE, RODOLFO, LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO, 1997.
- 17.- MANCILLA OVANDO, JORGE ALBERTO, LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Y SU APLICACIÓN EN EL PROCESO PENAL, SEXTA EDICIÓN, MÉXICO, 1995.

18.- MARQUEZ PIÑERO RAFAEL, DERECHO PENAL: PARTE GENERAL, EDITORIAL TRILLAS, CUARTA EDICIÓN, MÉXICO, 1997.

19.- PADILLA MIGUEL M., LECCIONES SOBRE DERECHOS HUMANOS, Y GARANTÍAS, EDITORIAL ABELEDO - PERROT, BUENOS AIRES, ARGENTINA.

20.- PAVÓN VASCONCELOS FRANCISCO, MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO, 1974.

21.- POLO BERNAL EFRAIN, BREVIARIO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, EDITORIAL PORRUA, PRIMERA EDICIÓN, MÉXICO, 1993.

22.- PORTE PETIT CELESTINO, APUNTAMIENTOS DE DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, MÉXICO, 1960.

23.- TERRAZAS, CARLOS, LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS SANCIONES PENALES EN MÉXICO, INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES, MÉXICO, 1989.

24.- ———, LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS CONSTITUCIONES POLÍTICAS DE MÉXICO, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO, 1996.

25.- ZAMORA-PIERCE, JESÚS, GARANTÍAS Y PROCESO PENAL, OCTAVA EDICIÓN, MÉXICO, 1996.

II.- DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

1.- BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, DICCIONARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, GARANTÍAS Y AMPARO, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO.

2.- VARIOS AUTORES, DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, U.N.A.M., MÉXICO, 1985.

3.- VARIOS AUTORES, DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, U.N.A.M., MÉXICO, 1995.

III.- DOCUMENTOS Y PUBLICACIONES INSTITUCIONALES

1.- BERMÚDEZ MOLINA ESTUARDO, DEL CUERPO DEL DELITO A LOS ELEMENTOS DEL TIPO, ED. P.G.R., MÉXICO, 1996.

2.- CONGRESO DE LA UNIÓN, DERECHOS DEL PUEBLO MEXICANO: MÉXICO A TRAVÉS DE SUS CONSTITUCIONES, MÉXICO, 1994.

3.- HACIA UNA CULTURA DE LOS DERECHOS HUMANOS, PUBLICACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, MÉXICO, 1995.

IV.- LEGISLACIÓN.

- 1.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO, 1999.
- 2.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS U.N.A.M., MÉXICO, 1996.
- 3.- CÓDIGO PENAL FEDERAL, EDITORIAL PORRUA, MÉXICO, 1999.
- 4.- CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, EDITORIAL SISTA, MÉXICO, 1999.
- 5.- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, EDITORIAL SISTA, MÉXICO, 1999.

V.- REVISTAS Y PERIÓDICOS

- 1.- GARCÍA CORDERO FERNANDO, LA REFORMA CONSTITUCIONAL 97 - 98, UNA REFORMA DE LA REFORMA, CRIMINALIA, MÉXICO, SEPTIEMBRE - DICIEMBRE DE 1998.
- 2.- GARCÍA RAMÍREZ SERGIO, LA REFORMA PROCESAL PENAL EN LA CONSTITUCIÓN : ¿DERECHO DEMOCRÁTICO O DERECHO AUTORITARIO?, CRIMINALIA, MÉXICO, SEPTIEMBRE - DICIEMBRE DE 1998.
- 3.- MANCERA ESPINOSA MIGUEL ÁNGEL, ¿ELEMENTOS DEL TIPO O CUERPO DEL DELITO?, CRIMINALIA, MÉXICO, MAYO - AGOSTO DE 1998.
- 4.- MORENO HERNANDEZ MOISÉS, ANÁLISIS DE LA INICIATIVA DE REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA PENAL", EDITORIAL PORRUA, MÉXICO, ENERO - ABRIL 1998.
- 5.- REGINO GARCÍA GABRIEL, REFLEXIONES SOBRE LA INICIATIVA DE REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN Y A LA LEY DE AMPARO, LEX, CIUDAD DE MÉXICO, ABRIL 1998.

VI.- TESIS AISLADAS Y JURISPRUDENCIA.

- 1.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN: IUS 9, JURISPRUDENCIAS Y TESIS AISLADAS 1917 - 1999, CDROOM, SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.