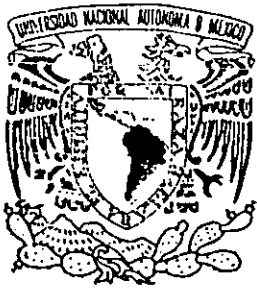


354



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN"

294899

"VALORACION JURIDICA DE LA ONTICIDAD DEL PARRAFO II DEL ARTICULO 16 Y PARRAFO I DEL 19 CONSTITUCIONALES"



T E S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE: LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA: EDUARDO MAURICIO SANCHEZ ESPINOSA

ASESOR: LIC. JOSE DIBRAY GARCIA CABRERA.



ACATLAN, EDO. DE MEXICO. JUNIO DE 2001.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

A MIS PADRES:

Por todo su amor, su esfuerzo, su dedicación,
con mi admiración a su nobleza, sencillez y
humildad, por su comprensión y paciencia,
porque ustedes son mi más grande ideal,
con amor

A MI PADRE: SR. JORGE SÁNCHEZ ROMERO.

Por tu esfuerzo, tu bondad, tu honestidad
y aunque de tu tiempo poco; se que ha sido
siempre con amor. ¡Gracias! Por llevarme a
lograr mi más importante meta. Porque aunque
nuestras ideas sean lejanas, nuestros corazones
siempre estarán cercanos. Porque no siendo
heredero de tu nobleza, me siento orgulloso de
serlo de tu trabajo y esa es la mejor herencia
que a mi has podido dejarme, porque solo
ante ti he conocido la humildad.

"Porque mi padre era fuerte, era muy inteligente
y siempre mejor que ninguno".

A MI MADRE: SRA. SOCORRO ESPINOSA DELGADILLO.

¡Gracias! Mamita; porque siempre llevare conmigo todos
los días de tu esfuerzo luchando por ser digno de ellos.

¡Gracias! Por tu amor, tu apoyo, por tu tolerancia a mis
irreverencias, porque tu sonrisa es el mejor premio a mis
logros, los que sin ti no hubieran tenido razón de ser.

¡Gracias! por tu ternura, pero también por tu fortaleza y
gallardía, porque no hay palabras para decirte el orgullo
que siento por ser tu hijo, ni cosas con los que pueda
compensar tus desvelos.

¡Gracias! "en mi vida tú has sido y serás el refugio de
todas mis penas y la cuna de amor y verdad".

A MI SOBRINO VICTOR:

Porque tu existencia es un triunfo de la vida, y
porque espero que seas mejor que quienes
te antecedemos. Con todo mi cariño.

A MIS SOBRINOS: MANUEL, GEORGINA, JORGE, MIGUEL, MAGALLI, Y DANIEL

De quienes espero rescaten la nobleza que la sangre
de sus abuelos les ha heredado, y sean triunfadores
en lo que decidan hacer, porque en la vida no hay lugar
para otro tipo de personas. Con mucho cariño.

A MIS HERMANAS:

Con quienes he vivido momentos inolvidables y con quienes he compartido las charlas más constructivas de mi vida. ¡No olviden nunca que la vida comienza todos los días, y nunca es tarde para vivirla!

A MIS HERMANOS:

A veces tan lejanos, pero siempre compañeros de mi vida.

A MI ABUELITA INES:

Con todo mi amor y mi agradecimiento por tu ternura y cariño.

IN MEMORIAM.

A MI ABUELITO AGUSTIN:

Quien me enseñó amar la vida has el último latido del corazón, por adversa que ésta sea. Lamento no haberte sido útil cuando me necesitaste, pero confío que cuando nos volvamos a encontrar sea digno de volverte abrazar.
¡Con todo mi amor!

A MI ABUELITA CUQUITA :

Con el recuerdo más cariñoso y mi agradecimiento por la sólida educación que en mi madre dejaste, la cual reflejó en cariño a sus hijos.

A MI HERMANITO JORGITO:

Que superaste las barreras del tiempo, la distancia y aún las de la vida para estar conmigo.

A MIS TIOS:

MARÍA ESTHER SÁNCHEZ ROMERO,
JOSÉ ALFREDO VELA PAJÓN.

Por el apoyo y la confianza que siempre me han brindado, con mi más sincero agradecimiento por los momentos de confianza que me permitieron y de los cuales siempre obtuve valiosa experiencia.

A todos los miembros de mi familia que han confiado en mí y que numerarlos sería interminable, con cariño.

A MIS AMIGOS:

LIC. JORGE DANIEL LÓPEZ.

Al estilo de Benjamin Franklin. " Un hermano puede no ser un amigo, pero un amigo siempre será un hermano". Por la confianza en mi persona, por sus enseñanzas y por todo el apoyo que me ha brindado. Con admiración y respeto.

LIC. JOSÉ LUIS ALCARAZ QUIJANO.

Por compartir sus conocimientos conmigo y porque el tiempo que estuvimos juntos siempre me brindo la confianza para cuestionar todo tipo de decisiones siendo más mi amigo que mi jefe, por su valiosa aportación a este trabajo.

LIC. ISMAEL MARTIÑON MORENO:

Por su confianza, con mi agradecimiento por permitirme desarrollar profesionalmente bajo el amparo de su experiencia, creyendo en mi capacidad.

Y a todos los que me han brindado amistad y compañía a lo largo de mi vida, cuyos nombres siempre llevaré en mis recuerdos con gratitud.

A MI ASESOR:

LIC. JOSÉ DIBRAY GARCÍA CABRERA.

Con mi agradecimiento por su tiempo y confianza al presente trabajo.

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO:**

Que abre sus brazos llenos de bonanza permitiéndome saciar mi hambre de aprender.

A LA ENEP, ACATLAN:

De la que me siento orgulloso de pertenecer y de la cual obtuve calidad profesional y humana.

“ VALORACIÓN JURÍDICA DE LA ONTICIDAD DEL
PÁRRAFO II DEL ARTÍCULO 16 Y PÁRRAFO I DEL 19
CONSTITUCIONALES”.

INDICE.



INTRODUCCIÓN.

CAPITULO PRIMERO.

“DERECHO CONSTITUCIONAL”.

| | | |
|--------|-------------------------------|----|
| I. | DERECHO. | 2 |
| I.1. | FUENTES FORMALES DEL DERECHO. | 12 |
| I.2. | DERECHO CONSTITUCIONAL. | 22 |
| I.3. | LA CONSTITUCIÓN. | 25 |
| I.3.1. | CONCEPTO Y ORIGEN. | 25 |
| I.3.2. | FORMAS DE LA CONSTITUCIÓN. | 33 |
| I.3.3. | SU ELABORACIÓN. | 36 |
| I.3.4. | GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. | 40 |
| I.3.5. | ONTICIDAD CONSTITUCIONAL. | 50 |

CAPITULO SEGUNDO.

“ARTÍCULO 16 PÁRRAFO II, 19 PÁRRAFO I DE LA
CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA.”

| | | |
|-------|--|----|
| II.1. | ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL. | 65 |
| II.2. | ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL. | 79 |
| II.3. | ONTICIDAD E INFLUENCIAS EXTERNAS EN LOS ARTÍCULOS 16 Y 19 CONSTITUCIONALES. | 88 |

CAPITULO TERCERO.

"PROCESO PENAL."

| | | |
|----------|---|-----|
| III.1. | LOS PUEBLOS PRIMITIVOS DEL MUNDO. | 93 |
| III.1.1. | ROMA | 97 |
| III.1.2. | GRECIA. | 99 |
| III.1.3. | LOS GERMÁNICOS. | 100 |
| III.1.4. | EL PROCESO MEDIEVAL ITALIANO. | 102 |
| III.1.5. | LA REVOLUCIÓN FRANCESA Y LA CODIFICACIÓN. | 104 |
| III.2. | EL PROCESO PENAL MEXICANO. | 106 |
| III.2.1. | ÉPOCA PRECOLONIAL. | 106 |
| III.2.2. | ÉPOCA COLONIAL. | 109 |
| III.2.3. | ÉPOCA IMPERIAL. | 117 |
| III.2.4. | REPÚBLICA | 119 |

CAPITULO CUARTO.

"TEORÍAS PENALES".

| | | |
|---------|---|-----|
| IV.1. | CAUSALISMO. | 132 |
| IV.1.1. | CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS. | 133 |
| IV.2. | NEOCAUSALISMO. | 140 |
| IV.2.1. | CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS. | 140 |
| IV.3. | FINALISMO. | 143 |
| IV.3.1. | CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS. | 144 |
| IV.4. | INFLUENCIAS EN LOS ARTÍCULOS 16 Y 19 CONSTITUCIONALES. | 148 |

CAPITULO QUINTO.

"LEGISLACIÓN PENAL EN MÉXICO"

| | | |
|------|----------------------|-----|
| V.1. | CÓDIGO DE 1871. | 152 |
| V.2. | CÓDIGO DE 1929. | 156 |
| V.3. | CÓDIGO DE 1931. | 160 |
| | <u>CONCLUSIONES.</u> | 164 |

BIBLIOGRAFIA

OBJETIVO GENERAL:

Valorar jurídicamente la creación de los artículos 16 y 19 constitucionales en sus párrafos segundo y primero respectivamente, con ello analizar a través de su historia, la necesidad a la que responde su terminología, la evolución esta acorde a la evolución del ser (gobernado) al que se aplica (óntico-ónticidad).

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1.- Analizar la ónticidad del párrafo segundo del artículo 16 y primero del 19 constitucionales.

2.- Valorar las garantías que otorgan los términos cuerpo del delito o elementos del tipo.

3.- Mostrar si la aplicación del cuerpo del delito o elementos del tipo evolucionan con la necesidad social de México.

INTRODUCCIÓN.

La relación del derecho penal con el derecho constitucional debe ser siempre estrecha, pues el estatuto político de la nación— C.P.E.U.M.—, constituye la primera manifestación legal de la política penal, dentro de cuyo marco debe encuadrarse la legislación penal propiamente dicha.

El fin de toda Constitución consiste en implementar un orden jurídico. No se encuentra el Estado sobre el Derecho, de suerte que puede librarse del derecho mismo, lo que depende de su poder no es saber si el orden jurídico debe existir, sino sólo el cómo ha de organizarse.

El constituyente topa con un límite de índole histórica y sociológica. Responder a las necesidades de la población de un territorio es hacer una Carta Magna Óptica; relacionada con el desarrollo del ser, o sea, la evolución del hombre que habita el territorio en el que ha de implementarse. Estos factores en sí mismos son extrajurídicos, introducen con frecuencia en la obra del constituyente elementos que ya existían con anterioridad, elementos que la carta magna debe regular.

De este modo la asamblea de Filadelfia tuvo que incorporar a la Constitución determinados status preexistentes de las colonias, y nuestra constitución no pudo menos que recoger ciertos principios impuestos por la época, entre ellos la intolerancia religiosa=ÓNTICIDAD.

Estos son los llamados factores de poder que plasmados en una hoja de papel se erigen en derecho.

Toda manifestación de poder que choca con las exigencias de la vida de un pueblo y con los principios y el grado de dignidad cívica no puede durar y ni siquiera es posible. De ahí deviene su ónticidad, de la exigencia de un pueblo a la creación de una normatividad que responda a su manera de ser; a su evolución.

Por ello es indispensable analizar y valorar este tema, siendo para ello también indispensable analizar el derecho en general, sus fuentes formales y encaminarlas al estudio del derecho penal, comprender la política criminal que impone nuestra constitución.

Abordaremos la ónticidad en el presente trabajo, entendiéndola siempre como una asociación al conocimiento que se refiere al ser.

Haremos una valoración jurídica o una estimación jurídica; entendiéndola como el estudio o análisis de las normas jurídicas en relación al ser al que se aplican.

Es decir, el presente trabajo abordará la ónticidad constitucional, señalando conceptos fundamentales como son; lo que es óntico, lo que responde a la evolución del ser humano; qué es una constitución, su origen, sus formas, quién la elabora, a qué responde la elaboración de una constitución, cómo plantea ésta la política criminal a seguir, de ahí la elaboración de los artículos 16 y 19 constitucionales, que comprenden de manera genérica la seguridad jurídica y la garantía de libertad corporal.

El análisis de este opúsculo pretende encontrar la utilidad que tiene la evolución de las doctrinas penales, de ahí que sean ónticas o no, demostrar que no son un mero capricho del legislador la aplicación de conceptos diversos en el principio rector del proceso penal; el cual no se encuentra en las mismas circunstancias durante el desarrollo social que es cambiante según la época, la sociedad, la latitud, por ello analizaremos el proceso penal de diversos pueblos y aún el de los mexicanos en diversos tiempos.

Abordaremos desde luego como eje rector de este trabajo los conceptos que nuestra Carta Magna ha consagrado como los más importantes para juzgar a una persona por una conducta tipificada y constitutiva de un delito; "cuerpo del delito o elementos del tipo penal", y derivado de estos conceptos como ha evolucionado la estructura del delito buscando su perfeccionamiento constante para acreditar la responsabilidad plena de quien lo comete.

**VALORACIÓN JURÍDICA DE LA ONTICIDAD
DEL PÁRRAFO II DEL ARTÍCULO 16 Y I DEL 19
CONSTITUCIONALES.**

CAPITULO PRIMERO.

“DERECHO CONSTITUCIONAL”.

- I. DERECHO.**
 - I.1. FUENTES FORMALES DEL DERECHO.**
 - I.2. DERECHO CONSTITUCIONAL.**
 - I.3. LA CONSTITUCIÓN.**
 - I.3.1. CONCEPTO Y ORIGEN.**
 - I.3.2. FORMAS DE LA CONSTITUCIÓN.**
 - I.3.3. SU ELABORACIÓN.**
 - I.3.4. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.**
 - I.3.5. ONTICIDAD CONSTITUCIONAL.**

CAPITULO PRIMERO.

"DERECHO CONSTITUCIONAL".

I.- DERECHO.

Para los juristas encontrar un concepto de derecho, ha sido una de las pocas cuestiones referentes a la sociedad humana que han sido preguntadas con tanta persistencia y contestada en forma tan diversa, tal interrogante ha generado innumerables respuestas: se ha hablado de la "naturaleza", de la "esencia", del derecho produciendo arsenal de distintas y, en ocasiones contradictorias "naturalezas", "esencias", "fines" y "características", es por esto que me parece que lo más razonable para un trabajo de investigación es definir lo que nos nombra la palabra derecho en la literatura jurídica.

Encontramos pues que dos son sus usos más persistentes:

(1) "Complejo de normas e instituciones que imperan coactivamente en una comunidad estatal" ("orden o sistema jurídico") y (2) "permisiones" o "facultades", así como "exigencias" o "reclamos" que se consideran jurídicamente justificados. Al primero de los significados se le suele llamar "objetivo"; al segundo "subjetivo".

1.- Derecho como orden jurídico.- El derecho constituye un orden o sistema social, es decir un complejo de instituciones que realizan funciones sociales de cierto tipo (resuelven controversias, eliminan el uso de la fuerza, etc.).

La idea de que el derecho sea o constituya un orden, presupone la concepción de que es un conjunto de normas o disposiciones creadas por ciertas instancias apropiadas, reconocidas como las instancias creadoras del derecho y que son

por lo general eficaces, esto es, que son, mayormente seguidas u obedecidas.

El orden jurídico se presenta con una triple pretensión, es comprensivo, es supremo y exclusivo y, por último es un sistema abierto.

El orden jurídico es comprensivo porque pretende autoridad para regular cualquier tipo de comportamiento. Los ordenes jurídicos son diferentes a cualquier otro orden social en que no reconocen ninguna limitación a las esferas que pretende regular.

El orden jurídico es supremo en el sentido de que, por un lado, la fuente de validez de sus normas o disposiciones no proviene ni deriva de ningún otro sistema social; por otro lado es exclusivo porque ahí donde vale un orden jurídico no puede valer ningún otro.

Por último, el orden jurídico es abierto, en el sentido de que posee instancias apropiadas para convertir en disposiciones jurídicamente obligatorias normas que no son parte del orden jurídico.

Otros rasgos que de forma indisputable se atribuyen a este orden o sistema social son: normativo, institucionalizado y coactivo.

1.- El derecho es normativo y lo es en dos sentidos: (A) Se compone de normas o requerimientos de conductas formulables (lingüísticamente). (B) Prescribe (guía) y evalúa la conducta humana.

Como orden social el derecho es concebido como un conjunto de normas jurídicas. Ahora bien, en la actualidad se insiste en que los componentes de los ordenes jurídicos, al lado de normas de diverso tipo (normas que obligan o prohíben, normas

que permiten, autorizan o facultan), se encuentran disposiciones jurídicas no normativas, por ejemplo; definiciones, disposiciones derogatorias, reglas existenciales o reglas ónticas. Como quiera que sea, de forma prácticamente unánime, se sostiene que el derecho es un orden de la conducta humana en la medida que se compone de normas.

Guía el derecho la conducta mediante el establecimiento de normas y disposiciones, introduce las razones jurídicas en virtud de las cuales el individuo ha de comportarse. Al imponerse deberes (órdenes o prohibiciones) el orden jurídico pretende que el deber, o mejor la disposición jurídica que lo impone, sea la única razón que determine la acción.

Los deberes son requerimientos que excluyen las demás razones: exigen que la gente se comporte pasando por alto las razones no jurídicas que pudiera tener en contra de la acción requerida. De esta forma el derecho guía el comportamiento reduciendo las opciones del individuo, esto es, haciendo que la conducta optativa se vuelva obligatoria en algún sentido.

Ésta no es la única forma en que se manifiesta la normatividad del derecho. El derecho también guía la conducta confirmando derechos (subjctivos) y facultades a los individuos; pero, contrariamente a las disposiciones que imponen deberes, las normas que confieren derechos y facultades guían la conducta de forma no decisiva (no excluyente); la pauta proporcionada por estas disposiciones depende de otras razones del agente (el deseo de que las cosas ocurran como sería el caso, si el agente si así lo quisiera hiciera uso del derecho o facultad). El mismo orden jurídico determina en qué consiste tener un derecho o una facultad vinculando consecuencias jurídicas a su ejercicio o a su comisión.

Es precisamente en virtud de estas consecuencias por las que el individuo decide qué hacer. Los individuos titulares de derechos o facultades, decidirán qué hacer, por ejemplo para

celebrar un contrato, sobre la base de tales consecuencias (traslado de dominio, cancelación de un gravamen, etc.).

De igual forma, tenemos que el derecho guía el comportamiento de manera excluyente a través de las disposiciones que confieren derechos y facultades. Una disposición jurídica que guía el comportamiento de cualquiera de estas *dos formas es una norma*.

Es importante subrayar que las normas jurídicas además de guiar las conductas de los destinatarios, guía la acción de los órganos aplicadores del derecho, los cuales deciden y justifican sus decisiones haciendo uso del derecho aplicable a la controversia, guiando normativamente el comportamiento el derecho busca realizar diversos propósitos sociales.

II.- El derecho institucionalizado (naturaleza institucional); el derecho es un orden jurídico institucionalizado en la medida en que su creación, aplicación y modificación son, fundamentalmente, realizados o regulados por instituciones. Esto es, por ciertas instancias o entidades sociales cuyos actos, en vez de referirse a sus autores son referidos a la comunidad. Las instituciones normalmente son separadas en: instituciones creadoras o instituciones aplicadoras del derecho, instituciones que son por excelencia los tribunales.

Contrariamente a lo que sucedía con anterioridad, la teoría jurídica moderna concede mayor importancia a las instituciones aplicadoras del derecho, a diferencia de las otras son las únicas para criterio de identidad de un orden jurídico determinado.

III.- El derecho es un orden coactivo en la medida en que hace uso de sanciones. Este rasgo, conjuntamente con los anteriores nos permite distinguir los ordenes jurídicos. Con independencia de si toda norma jurídica establece una sanción, el carácter coactivo es prácticamente indiscutible. De hecho el debate sobre el carácter coactivo gira no alrededor de si el derecho es o no es coactivo

sino de cómo es y en qué grado funciona la coacción dentro del orden jurídico. La tesis aparentemente excesiva que sostiene que toda norma jurídica establece una sanción es normalmente adecuada por lo que presupone que en un orden jurídico todas las normas se relacionan entre sí manteniendo una conexión esencial con las normas sancionadoras.

Como hemos podido observar la idea del derecho connota y supone una cierta identificación o conexión con ciertos valores o fines y se consideran inherentes al mismo. Esta idea se encuentra tan arraigada que mucho de la "fuerza" y respeto que "derecho" evoca deriva de esa identificación. Así al dejar de considerar como derecho a ciertas disposiciones consideradas "injustas" o "inicias", los individuos se sienten con mayor libertad de ignorarlas e, inclusive, violarlas. Asimismo, cuando se estima que una disposición constitucional es una mera convención, su "obligatoriedad" decrece. De esta forma, resulta que aplicar el término derecho en el sentido aquí aludido, puede no ser una cuestión jurídica, pero puede tener efectos prácticos muy importantes en cuanto al reconocimiento y la eficacia de ciertas normas jurídicas y del derecho en general.

Estrechamente vinculado con esta idea se encuentra la concepción de que el derecho es un conjunto de principios y normas que se conforman con la razón o con la naturaleza; ya sea de las cosas o del hombre; de donde deriva la ónticidad de las normas jurídicas de la evolución del mismo y de las cosas que este mismo crea.

Debe tenerse presente que los diferentes usos de "derecho" que hemos reseñado no son intercambiables. Tampoco pueden reunirse bajo un género común; se refieren a cosas diferentes. Lo que se puede predicar correctamente de derecho en sentido subjetivo no se puede predicar de derecho como orden jurídico. Asimismo, lo que se puede predicar de un conjunto de normas positivas, no se puede predicar del derecho natural, entendido como el conjunto de formulaciones sobre lo que el derecho debe

ser. El concepto "derecho", por consiguiente, no es unitario. El término "derecho" no se aplica en el mismo sentido; es como vimos, vago y ambiguo. Ciertamente esa ambigüedad y equívocidad en ocasiones quedara oculta creando grandes problemas de comprensión.

Los sentidos en que se usa "derecho" se evocan recíprocamente, de manera particular en el lenguaje ordinario. Usar "derecho" en uno de los sentidos analizados no cancela la connotación de otros ni los despoja de su carga emotiva. El uso apropiado de la expresión "derecho" requiere, por tanto, un adecuado deslinde y una muy precisa determinación, como la que intentaremos hacer a continuación con los usos y definiciones más frecuentes que de la palabra "derecho" hacen los juristas.

DERECHO etimológicamente, deriva de la voz latina "directus", que significa lo derecho, lo recto, lo rígido. Sin embargo para mencionar la realidad que nosotros llamamos derecho, los romanos empleaban la voz "ius".

La palabra derecho puede tomarse en tres acepciones distintas. En primer lugar, designa el conjunto de normas o reglas que rigen la actividad humana en la sociedad, cuya inobservancia esta sancionada: **DERECHO OBJETIVO.**

En segundo lugar, designa esta palabra las facultades pertenecientes al individuo, un poder del individuo: **DERECHO SUBJETIVO.**

En tercer lugar, el derecho como equivalente a justicia, como portador del valor justicia.

El Derecho Objetivo se puede definir como el conjunto de normas por las que se rige una sociedad. Para establecer un concepto de derecho más elaborado hay que determinar los elementos que caracterizan esas normas que llamamos jurídicas. Se plantea así una dificultad, en parte material (debido a la

amplitud y complejidad de la realidad jurídica) y una parte formal (debido al significado múltiple del término derecho). Por lo tanto, la propiedad u oportunidad de una definición puede ser juzgada solamente desde la realidad a la que se refiere; cada corriente jurídica e incluso cada autor caracteriza el derecho de diferente manera.

El objetivo de reglamentación de las normas jurídicas es el comportamiento humano. Pero no es el derecho el único conjunto de normas que regula la vida del hombre. Junto a él existen unas reglas morales que pretenden igualmente dirigir la vida del hombre en sociedad.

Existen diversos criterios para llegar a una adecuada distinción entre derecho y moral. El derecho, sin ser esencialmente coactivo, posee la característica de coercibilidad, mientras que la moral no es coercitiva. Sin embargo, la diferencia más clara entre ambos conceptos procede del carácter de individualidad de la moral y de la alteridad del derecho. El derecho regula los actos del hombre en cuanto a ser social, que vive en sociedad y cuyos actos trascienden a otros. En cuanto a norma jurídica el derecho se caracteriza por su coercibilidad y su alteridad.

"El deber moral es un deber dirigido hacia mí, que soy libre de cumplirlo o no; el deber jurídico es un deber dirigido hacia los otros, que son libres de impedirme o no impedirme el cumplimiento de mi deber; por ello, el derecho viene definido como la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina, excluyendo su impedimento". (Del Vecchio).¹

El derecho incorpora unos valores a la sociedad, valores que fundamentalmente son dos: la justicia y la seguridad jurídica. Para Ihering, "el derecho es la forma que reviste la garantía de las

¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas "Diccionario Jurídico Mexicano" México, UNAM 1992, Tomo IV, pág. 301

condiciones de vida de la sociedad fundada sobre el poder coercitivo del Estado".²

Hemos señalado como base de las definiciones de derechos las relativas a derecho objetivo y derecho subjetivo, atendiendo al primero como el conjunto de normas imperativo atributivas; siendo el segundo el uso que hace el individuo de ellas. Es decir, derecho además de designar un orden jurídico o una parte significativa del mismo, se usa para referirse a una ventaja o beneficio normativo conferido a un individuo o a una clase de individuos; en este sentido designa una permisión otorgada a alguien o a algunos para hacer u omitir cierta conducta, con la garantía de la protección jurídica.

El derecho, en su sentido objetivo, es un conjunto de normas. Trátase de preceptos imperativo-atributivos, es decir, de reglas que, además de imponer deberes, concede facultades. Frente al obligado por una norma jurídica descubrimos siempre a una persona facultada para exigirle el cumplimiento de lo prescrito. La autorización concedida al pretensor por el precepto es el derecho en sentido subjetivo.

Entre las dos acepciones fundamentales del sustantivo derecho existe una correlación perfecta. El derecho subjetivo es una función del objetivo. Éste es la norma que permite o prohíbe; aquél, el permiso derivado de la norma. El derecho subjetivo no se concibe fuera del objetivo, pues siendo la posibilidad de hacer (o de omitir) lícitamente algo, supone lógicamente la existencia de la norma que imprime a la conducta facultada el sello positivo de la licitud.

De tal manera vemos que los dos conceptos se implican recíprocamente; no hay derecho objetivo que no conceda facultades, ni derechos subjetivos que no dependan de una norma.

² Idem. Pag. 301

Como lo hemos señalado en este estudio pretendemos precisar las acepciones que hay sobre el derecho, hemos encontrado en ellas y quizás las más constantes como derecho objetivo y subjetivo; sin embargo encontramos que "derecho" no solamente define el conjunto de normas jurídicas sino que además es usado como sustantivo para definir el tipo de derecho del que hablamos, así tenemos la obligación de entrar al estudio de esta idea refiriéndonos al derecho consuetudinario, derecho escrito, derecho vigente y derecho positivo, como calificativos del objeto principal de nuestro estudio.

Estas locuciones significan respectivamente: El derecho consuetudinario; es aquél que nace de la costumbre, es decir de sus usos reiterados, que una sociedad considera obligatorio, el derecho escrito; es originado en normas de carácter general que se formulan en un texto y son dictadas por los poderes públicos.

El derecho escrito es aquél que se funda en la ley. En su sentido más amplio, ley es toda regla jurídica formulada por escrito para regir en el futuro y que es elaborada o sancionada por los órganos del Estado. En este sentido el término ley incluye conceptos como los de constitución, decreto o reglamento.

En los sistemas de derecho escrito existe un orden jerárquico entre las normas que lo componen. En ellos existe una Constitución que determina los procesos de creación de todas las demás normas del orden jurídico.

Generalmente se otorga a un órgano especial el "poder legislativo" la facultad de dictar las normas generales. Estas normas son las leyes en sentido formal, el proceso legislativo esta sujeto a ciertas etapas: iniciativa, discusión, aprobación, sanción, promulgación, publicación e iniciación de la vigencia.

México es un país de derecho escrito, en el cual la costumbre no tiene prácticamente ninguna importancia. (En

nuestro país contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario).

"La expresión "derecho vigente" depende, fundamentalmente, de "vigente"; es decir del participio presente de *vigere*: " tener fuerza, vigor, significa "actual", "que tiene fuerza", que domina o prepondera". Así vigencia significa duración o periodo en que algo vale o prepondera".³

Vigente atendiendo a su carácter de presente se opone a "derecho histórico", al derecho que fue vigente, que ya no esta en vigor, derecho vigente en consecuencia indica el derecho positivo actual de una determinada comunidad.

La expresión "derecho vigente" con frecuencia es sustituida por otras que son tenidas por equivalentes; como derecho positivo (que señalaremos más adelante) y derecho válido, sin embargo los adjetivos positivo, vigente, eficaz, se refieren fundamentalmente a lo mismo: a la existencia del derecho.

En ocasiones estos términos son usados como sinónimos, pero no lo son: enuncian distintos matices. Derecho "positivo" alude a la existencia histórica. Derecho "vigente" indica el derecho actual, que existe en el tiempo presente; se opone al derecho que ya no esta en vigor, al derecho que fue o al derecho posible.

La expresión derecho "eficaz", o mejor, "eficacia del derecho" alude al hecho de que el orden jurídico es efectivamente seguido y aplicado, eficacia nombra una de las condiciones de la positividad del derecho apuntando, al hecho de la conformidad con sus normas.

³ Idem. Pag. 1046

"Así llamamos orden jurídico vigente al conjunto de normas impero-atributivas que en una cierta época y un país determinado la autoridad política declara obligatorias".⁴

El derecho vigente esta integrado tanto por reglas de origen consuetudinario que el poder público reconoce, como por los preceptos que formula, a él pertenecen asimismo los preceptos de carácter genérico que integran la jurisprudencia obligatoria y las normas individualizadas (resoluciones judiciales y administrativas, contratos, testamentos, etc.).

Las locuciones derecho vigente y derecho positivo suelen ser empleadas como sinónimos, como ya lo indicamos anteriormente tal equiparación nos parece indebida. No todo derecho vigente es positivo, ni todo derecho positivo es vigente. La vigencia es atributo puramente formal, el sello que el Estado imprime a las reglas jurídicas consuetudinarias, jurisprudenciales o legislativas sancionadas por él.

La positividad es un hecho que estriba en la observancia de cualquier precepto vigente o no vigente. La costumbre no aceptada por la autoridad política es derecho positivo, pero carece de validez formal, y a la inversa: las disposiciones que el legislador crea tienen vigencia en todo caso, más no siempre son acatadas, la circunstancia de que una ley no sea obedecida, no quita a esta su vigencia, desde el punto de vista formal, el precepto que no se cumple sigue en vigor mientras otra ley no lo derogue.

1.1. FUENTES FORMALES DEL DERECHO.

En la terminología jurídica tiene la palabra "fuente" tres acepciones que es necesario distinguir con cuidado, pues se habla de fuentes formales, reales e históricas.

⁴ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", Editorial Porrúa, México 1994. P.34

Fuentes reales se llama a los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas.

El término fuentes históricas se aplica a los documentos e inscripciones, papiros o libros que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes.

Por fuente formal entendemos los procesos de creación de las normas jurídicas.

Siendo estos procesos de manifestación de las normas jurídicas, entendemos que el proceso implica una sucesión de momentos. Cada fuente formal está constituida por diversas etapas que se suceden en cierto orden y deben realizar determinados supuestos.

"De acuerdo con la opinión más generalizada, las fuentes formales del derecho son la legislación, la costumbre y la jurisprudencia".⁵

La reunión de los elementos que integran los procesos legislativo, consuetudinario y jurisprudencial, condiciona la validez de las normas que los mismos procesos engendran.

La concurrencia de estos es indispensable para la formación de los preceptos de derecho. Se trata de requisitos de índole puramente extrínseca, lo que equivale a declarar que nada tienen que ver con el contenido de las normas, es decir, con lo que éstas, en cada caso, permiten o prescriben. Tal contenido deriva de factores enteramente diversos. Así por ejemplo, en el caso de la legislación se encuentran determinados por las situaciones reales que el legislador debe regular; es decir, dar respuesta a las necesidades de la población a la cual ha de aplicarse la norma jurídica que se va a crear, las necesidades económicas o culturales de las personas a quienes las leyes están destinadas y,

⁵ *idem*. P.51

sobre todo la idea del derecho y las exigencias de la justicia, la seguridad y el bien común.

Todos estos factores, y muchos otros, determinan la materia de los preceptos jurídicos y, en tal sentido, asumen el carácter de fuentes reales; la relación de estas y las formales podría explicarse diciendo que las segundas representan el *cause o canal por donde corren y se manifiestan las primeras*.

“El término fuente — escribe Claude Du Pasquier — crea una metáfora bastante feliz, pues remontarse a las fuentes de un río es llegar al lugar en que sus aguas brotan de la tierra; de manera semejante, inquirir a la fuente de una disposición jurídica es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del derecho.”⁶

La **LEGISLACIÓN** es la primera de las fuentes formales del derecho que estudiaremos, siendo en los países como México, en donde el derecho es escrito la fuente más rica e importante de las fuentes formales.

“Podríamos definirla como el proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a las que se da el nombre específico de leyes.”⁷

Históricamente, las costumbres fueron anterior a la obra del legislador, en los estadios primitivos de la evolución social existía una costumbre indiferenciada, mezcla de prescripciones éticas, religiosas, convencionales y jurídicas.

Al independizarse el derecho de la religión y la moral, conservó su naturaleza consuetudinaria, y no fue sino en época relativamente reciente cuando el proceso se inició y aparecieron los códigos.

⁶ *Idem*. P. 32

La historia muestra un constante impulso hacia el derecho escrito. En la Edad Media, las aspiraciones a la firmeza del derecho se manifestaban, ya sea en la redacción de cartas que establecían los derechos respectivos del señor y los súbditos, o en la redacción de costumbres, primeramente a iniciativa privada, más tarde a título oficial.

Por otra parte, el derecho romano, reunido en las recopilaciones de Justiniano (Digesto, Institutas, etc.), ocupa el sitio de honor entre los juristas; siendo este derecho escrito; las regiones meridionales de Francia, en donde su influencia era preponderante, eran llamadas *pays de droit écrit*, en oposición al *pays de costumes* (norte de Francia).

En Alemania, este vasto fenómeno, ocurrido principalmente en los siglos XIV y XV, ha recibido en la historia el nombre de recepción de derecho romano.

Bajo Luis XIV y Luis XV, las grandes Ordenanzas señalaron una importante ofensiva del derecho legislado contra el consuetudinario.

En el siglo XVIII, diversos Estados de América del Norte formularon las primeras constituciones escritas. En la misma época, los códigos prusianos y bávaros abrieron la época de las codificaciones, cuya floración más rica se extendió bajo la era de Napoleón.

En la mayoría de los Estados modernos la formulación del derecho es casi exclusivamente obra del legislador; sólo en Inglaterra y en los países que han seguido el sistema anglosajón predomina la costumbre.

⁷ *Ibidem*.

La tendencia siempre creciente, hacia la codificación del derecho, es una exigencia de la seguridad jurídica, a pesar de su espontaneidad, el derecho consuetudinario carece de una formulación precisa, lo que hace difícil su aplicación y estudio.

Por otra parte, su ritmo es demasiado lento, en cambio el derecho legislado, además de su precisión y carácter sistemático, puede modificarse con mayor rapidez, y se adapta mejor a las necesidades de la vida moderna; o sea crea leyes ópticas.

En México el derecho legislado se encuentra establecido en la propia carta magna, siendo más precisos en los artículos 71 y 72, los cuales establecen quienes podrán presentar iniciativas y cual será el proceso que deberá seguir para convertirse en ley.

En nuestro país son dos los poderes que intervienen en la creación de leyes; siendo estos el Legislativo y el Ejecutivo, tanto federal como local; " Art. 71.- El derecho de iniciar leyes o decretos compete:

- I. Al Presidente de la República;
- II. A los Diputados y Senadores del Congreso de la Unión; y
- III. A las Legislaturas de los Estados."⁸

La relación del Legislativo se da fundamentalmente con las tres primeras etapas del proceso legislativo: la iniciativa, la discusión y la aprobación, en cuanto al Ejecutivo este se relaciona con las subsecuentes; sanción, publicación e iniciación de la vigencia.

Iniciativa.- Es el acto por el cual determinados órganos del Estado someten a la consideración del Congreso un proyecto de ley; los órganos del estado facultados para presentar las iniciativas los hemos señalado con antelación. La iniciativa se puede presentar en cualquiera de las cámaras de acuerdo a sus

⁸ "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", Editorial Porrúa, México 1999.

facultades, la cual se denominara de origen y la cámara que conozca después del proyecto se le denominara revisora.

Discusión.- Este es el acto por el cual las cámaras deliberan acerca de las iniciativas, a fin de determinar si deben o no ser aprobadas. "Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el reglamento de debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones."⁹

Aprobación.- Es el acto por el cual las cámaras aceptan un proyecto de ley después de haberse realizado las deliberaciones correspondientes.

Sanción.- Se da este nombre a la aceptación de una iniciativa por el Poder Ejecutivo, desde luego la sanción debe ser posterior a la aprobación del proyecto por las cámaras.

El Presidente de la República puede negar su sanción a un proyecto ya admitido por el Congreso; esto es conocido como el derecho de veto, aunque esta facultad no es desde luego absoluta.

Algunos autores hacen mención como un paso del proceso legislativo a la promulgación; pero este es el acto por el cual la ley ha sido aprobada y sancionada, por lo cual no todos los autores coinciden con ello ya que resulta repetitivo de dos actos anteriores, pero que implica la aprobación del Legislativo y el Ejecutivo de un proyecto de ley, siendo así en términos comunes la publicación formal de la ley o el reconocimiento formal por parte del Ejecutivo de que la ley ha sido aprobada conforme a derecho y debe ser obedecida.

⁹ Idem.

Publicación.- Es el acto por el cual la ley aprobada y sancionada se da a conocer a quienes deben cumplirla. La publicación se hace en el Diario Oficial de la Federación, además de éste existe en México los diarios o gacetas oficiales de los estados, en los cuales se publican las leyes de carácter local.

Iniciación de la vigencia.- En el derecho existen los siguientes sistemas de iniciación de la vigencia: el sucesivo y el sincrónico. En el primero una ley empezara a surtir sus efectos tres días después de su publicación y un día más por cada cuarenta kilómetros. En el segundo los efectos de una ley surtirán a partir de la fecha establecida para ello.

El lapso comprendido entre el momento de la publicación y aquel en que la norma entra en vigor, recibe, en la terminología jurídica, el nombre de *vacatio legis*.

La vacatio legis es el término durante el cual racionalmente se supone que los destinatarios del precepto estarán en condiciones de conocerlo y, por ende, de cumplirlo.

Concluido dicho lapso la ley obliga a todos los comprendidos dentro del ámbito personal de aplicación de la norma, aun, cuando de hecho no tengan o no hayan podido tener noticia de la nueva disposición legal.

La **COSTUMBRE** es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente.

*Francois Géný la define como un uso existente en un grupo social, que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo.¹⁰

En estas definiciones encontramos dos características:

¹⁰ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, " Introducción al Estudio del Derecho", Editorial Porrúa, México 1994, pag. 61

1.- Está integrado por un conjunto de reglas sociales derivadas de un uso más o menos largo; y

2.- Tales reglas se transforman en derecho positivo cuando los individuos que las practican les reconocen obligatoriedad, como si se tratara de una ley.

De acuerdo con la llamada teoría "romano-canónica", la *costumbre* tiene dos elementos, subjetivo uno, objetivo el otro.

El primero consiste en la idea de que el uso en cuestión es jurídicamente obligatorio y debe, por tanto, aplicarse; el segundo, en la práctica, suficientemente prolongada, de un determinado proceder.

La convicción de la obligatoriedad de la costumbre implica la de que el poder público puede aplicarla, inclusive de manera coactiva, como ocurre con los preceptos formulados por el legislador.

Jorge Jellinek es autor de una teoría que permite explicar la formación de la *costumbre* jurídica; la doctrina de la fuerza normativa de los hechos, que expone en el tomo primero de su Teoría General del Estado, en la cual expone que los hechos tienen cierta fuerza normativa.

Cuando un hábito social se prolonga, acaba por producir, en la conciencia de los individuos que lo practican, la creencia de que es obligatorio. De esta suerte, lo normal, lo acostumbrado se transforma en lo debido, y lo que en un principio fue simple uso, es visto más tarde como una manifestación del respeto de un deber.

Sin embargo al señalarlo así la doctrina encierra un grave error: el que estriba en sostener que de la simple repetición de un acto se engendra a la postre, normas de conducta. Tal creencia es infundada, porque de los hechos no es correcto desprender conclusiones normativas.

Algunos autores sostienen que la regla consuetudinaria no puede transformarse en preceptos jurídicos mientras el poder público no le reconoce carácter obligatorio.

El reconocimiento de la obligatoriedad de una costumbre por el poder público puede exteriorizarse en dos formas distintas: expresa o tácita.

El reconocimiento expreso realizase por medio de la ley. El legislador establece, por ejemplo, que a falta de un precepto aplicable a una determinada controversia, deberá el juez recurrir a la costumbre.

El reconocimiento tácito consiste en la aplicación de una costumbre a la solución de casos concretos.

Para Kelsen quien parte del principio de la estatalidad del derecho, una regla de conducta sólo asume carácter obligatorio cuando representa una manifestación de la voluntad del Estado. Consecuente con esta doctrina, concluye que el derecho consuetudinario no puede nacer sino a través de la actividad de los órganos jurisdiccionales.

Sin embargo este planteamiento nos llevaría a la costumbre de aplicación de una norma ya establecida en la solución de un problema preplanteado, es decir no a la elevación de un uso reiterado al rango de norma jurídica, sino a la aplicación de la norma jurídica a un hecho reiterado, a lo cual nosotros le llamaremos jurisprudencia.

La JURISPRUDENCIA es la fuente formal del derecho que resulta de la actividad propia del poder judicial a través del resultado de su labor de interpretación y aplicación de la ley que se manifiesta y se concreta en las sentencias emitidas por los jueces y tribunales.

Se entiende que existe jurisprudencia y que esta va a ser fuente del derecho cuando para un caso concreto sean emitidas cinco sentencias en el mismo sentido sin ninguna en contrario y estas han sido ejecutoriadas, a partir de ese momento todos los casos que se presenten ante los jueces y tribunales, reuniendo las mismas características, deberán ser resueltos en el mismo sentido, según lo establece la Ley de Amparo.

"Artículo 192 La Jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito; los Juzgados de Distrito, los Tribunales Militares y Judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y Tribunales Administrativos y del Trabajo, locales o Federales.

Las resoluciones constituirán Jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce Ministros, si se trata de la Jurisprudencia del Pleno, o por cuatro Ministros en los casos de Jurisprudencia de las Salas."¹¹

La **DOCTRINA**.- Se da el nombre de doctrina a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación.

Como la doctrina representa el resultado de una actividad deductiva de los particulares, sus conclusiones carecen de fuerza obligatoria, por grande que sea el prestigio de aquéllos o profunda la influencia que sus ideas ejerzan sobre el autor de la ley o las autoridades encargadas de aplicarla.

¹¹ "LEY DE AMPARO", Editorial SISTA, México 2000.

I.2. DERECHO CONSTITUCIONAL.

El derecho constitucional puede ser contemplado en un sentido amplio y en un sentido estricto.

El derecho constitucional en sentido amplio se identifica con el propio orden jurídico; es decir, es la totalidad de ese derecho, ya que la base y los principios generales y fundamentales de las otras disciplinas jurídicas se encuentran en él.

El derecho constitucional indica los procedimientos de creación, modificación y abrogación de todas las normas de ese orden jurídico.

En cambio, el derecho constitucional en sentido estricto se refiere a una rama del orden jurídico, o sea, a una disciplina que tiene como finalidad el conocimiento de un determinado conjunto de preceptos.

Al derecho constitucional en sentido estricto, se le estudia como se puede examinar el derecho civil, el mercantil, el procesal, el penal, etc.

Pero podemos definir al derecho constitucional, en sentido estricto, como la disciplina que estudia las normas que configuran la forma y sistema de gobierno; la creación, organización y atribución de competencia de los órganos del propio gobierno, y que garantiza al individuo un mínimo de seguridad jurídica y económica.

Digamos algo sobre las diversas partes que componen la definición apuntada. El derecho constitucional estudia la forma de gobierno, es decir, si ese país es una república o una monarquía y qué clase de república o monarquía es.

Los órganos de gobierno tienen que ser creados, por la misma constitución, y generalmente son tres (tradicional y doctrinariamente): ejecutivo, legislativo y judicial, y es la propia ley fundamental la que los organiza.

Así por ejemplo respecto al poder ejecutivo lo puede organizar unitaria o colegiadamente, indicar los requisitos que se necesitan para ser presidente, la duración del periodo etc. Y lo propio hace respecto a los poderes legislativo y judicial.

Una vez que los órganos de gobierno están creados y organizados, les otorga su competencia; es decir, les señala lo que pueden hacer y todo aquello que no les indica no lo pueden realizar.

Entre los órganos de gobierno existen relaciones, y las que resultan entre el poder ejecutivo y el legislativo configuran el sistema de gobierno de ese país, que, con varias modalidades, principalmente será un sistema presidencial o parlamentario.

Hasta aquí, el derecho constitucional estudia los mecanismos del gobierno tal como se puede contemplar un reloj; cuáles son sus piezas, cómo se mueven esas piezas, cuál es la función que cada una de ellas debe realizar.

Pero, además el derecho constitucional otorga un mínimo de seguridad jurídica: existen en la constitución una serie de derechos individuales que se le reconocen a todos los hombres y que los órganos de gobierno están obligados a respetar.

También la constitución nos asegura un mínimo económico, el indispensable para llevar una vida decorosa y digna. Así la mayoría de las constituciones otorgan protección a las clases más débiles de la sociedad.

La idea de introducir mínimos sociales y económicos en la constitución, fue un pensamiento mexicano que rompió la

estructura política de las normas fundamentales para introducir en ella graves problemas económicos de un país.

Con esto el constitucionalismo dejó de ser únicamente de carácter político, para ampliar su ámbito e introducirse en la vida social.

Así entonces tenemos el derecho constitucional o político como el conjunto de normas relativas a la estructura fundamental del Estado, a las funciones de sus órganos y a las relaciones de éstos entre sí y con los particulares.

Entendido así el derecho constitucional, debemos diferenciarlo entonces del concepto de constitución. Pues son las normas relativas al estudio de la estructura fundamental del Estado a las que definimos como derecho constitucional. Ahora definamos lo que es una constitución.

Según el liberalismo social la finalidad del derecho constitucional es el respeto que debe de tener el Estado a la garantía del individuo y a la libertad.

Según el socioliberalismo la finalidad es respetar los derechos del hombre, proporcionando los mínimos de bienestar para la clase trabajadora.

Según la corriente socialista, su finalidad será abolir la propiedad privada, instaurar la sociedad-propiedad social, logrando la distribución equitativa mediante la administración del Estado y la dictadura del proletariado. Teniendo como premisa dar a cada quien lo que su capacidad produce.

Pero desde luego atendiendo a enunciados anteriormente invocados, debemos entrar al estudio de lo que es una constitución, porque de ellos se desprende que se enumera al derecho constitucional confundiéndolo con su objeto de estudio; la Constitución.

1.3. LA CONSTITUCIÓN.

1.3.1 CONCEPTO Y ORIGEN.

La Constitución dice Fernando Lasalle es una ley de mayor jerarquía, calidad y valor; es una ley fundamental, ley que sirve de base para la creación de otros tipos de leyes, debe tener un mecanismo de protección en cuanto a su reformabilidad y las normas que contenga esta ley deben de profundizar y abordar en cuanto a forma y fondo en contenido con diferencia a las leyes ordinarias.

La Constitución no es más que el sentir de la sociedad manifestada a través de los sujetos que participan en esa sociedad. A final de cuentas en su esencia no es otra cosa mas que "la suma de los factores reales de poder".¹²

Una constitución va a ser duradera y buena mientras refleje o contenga los intereses de esos factores reales de poder; ya que en ella se refleja una lucha de poder.

Para Kelsen la constitución es la ley fundamental, siendo ordinaria la que deriva de la ley constitucional. La constitución formal es aquella que establece el procedimiento de creación de las leyes; y la constitución material es el conjunto de leyes de carácter supremo que rige la sociedad.

Karl Smith dice que existen varias acepciones del término constitución, que una es la acepción vulgar, entendiendo a esta como la materia de la que están conformadas todas las cosas.

¹² CARPIZO MACGREGOR, Jorge, "ESTUDIOS CONSTITUCIONALES" 4ª Edición, Editorial Porrúa, México 1994.

El término constitución refleja a las decisiones políticas fundamentales, la constitución política eso debe contener.

En México las decisiones fundamentales que marca Smith son cuatro:

- 1.- El principio de soberanía.
- 2.- El principio de división de poderes.
- 3.- El establecimiento de las garantías individuales.
- 4.- Funciones de los órganos de gobierno o establecimiento de la forma de gobierno.

Smith maneja que existen limitaciones para poder modificar la constitución, sin embargo el legislador se encuentra imposibilitado para modificar estos principios y mucho más; se halla impedido para quitarlos.

Por ello comenzaremos por asediar el concepto de constitución que la nuestra acoge, para eso debemos tener en cuenta, previamente, el concepto de soberanía, puesto que la soberanía pertenece por su naturaleza a la teoría general del Estado.

Para alcanzar la meta propuesta, comenzaremos por evocar el origen, la evolución y los cauces de la idea de soberanía.

La soberanía es un producto histórico, y como dice Jellinek, un concepto polémico. No fue conocida en la antigüedad, porque no se dio entonces "la oposición del poder del Estado a otro poder; es exacta la anterior afirmación de Jellinek, porque en efecto no existió en la antigüedad ningún poder ajeno al Estado que se le opusiera, debe advertirse sin embargo, que las relaciones de soberanía de las comunidades políticas entre sí, ofrecen en la historia de Roma ciertos aspectos que se asemejan sin duda a los

que contemplan las doctrinas actuales en punto a soberanía exterior".¹³

A pesar de ello se considera que la idea de soberanía se gestó en los finales de la Edad Media para justificar ideológicamente la victoria que alcanzó el rey, como encarnación del Estado, sobre las tres potestades que le habían mermado autoridad: el Papado, el Imperio y los señores feudales.

Del primero reivindicó la integridad del poder temporal; al segundo le negó el vasallaje que como reminiscencia del Imperio Romano le debían los príncipes al emperador; de los señores feudales recuperó la potestad pública que en todo o en partes había pasado a su patrimonio.

La lucha fue larga y variados sus episodios, pero el resultado fue casi idéntico en las dos grandes monarquías, unificadas y fuertes, donde culminó la victoria: Francia y España.

La doctrina se puso al servicio de los acontecimientos y Bodino definió por primera vez al Estado en función de su soberanía: "El Estado es un recto gobierno, de varias agrupaciones y de lo que les es común, con potestad soberana".¹⁴

De la soberanía así entendida nació con el tiempo y sin esfuerzo el absolutismo, localizado en la persona del monarca, portador de las reivindicaciones del Estado frente a los poderes rivales. El Estado soberano se identificó con su titular y el rey pudo decir que el Estado era él.

De esta manera al substituir la soberanía del rey por la del pueblo, los doctrinarios que influyeron en la Revolución Francesa no hicieron sino trasladar al nuevo titular de la soberanía las notas

¹³ IENA RAMÍREZ, Felipe, "DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO" Editorial Porrúa, México 1993, p. 3

¹⁴ Idem.

de exclusividad, de independencia, de indivisibilidad y de ilimitación que habían caracterizado al poder soberano.

De este proceso histórico que a grandes rasgos hemos reseñado y en el cual el poder absoluto que significó la soberanía la doctrina europea ha recogido los siguientes datos:

- La soberanía significa; la negación de toda subordinación o limitación del Estado por cualquier otro poder, concepto negativo que se traduce en la noción positiva de una potestad pública que se ejerce autoritariamente por el Estado sobre todos los individuos que forman parte del grupo nacional.

Esas dos nociones que en realidad no son sino aspectos de una sola idea, engendran las dos características del poder soberano: es independiente y es supremo.

La independencia mira principalmente a las relaciones internacionales; desde este punto de vista, el poder soberano de un Estado existe sobre bases de igualdad con relación a los demás Estados soberanos. La independencia es, pues, cualidad de la soberanía exterior.

La noción de supremacía, en cambio, se refiere exclusivamente a la soberanía interior, por cuanto la potestad del Estado se ejerce sobre los individuos y las colectividades que están dentro de la órbita del Estado.

La soberanía interior es, por lo tanto, un superlativo, mientras que la soberanía exterior es un comparativo de igualdad. "Ninguna potestad superior a la suya en el exterior, ninguna potestad igual a la suya en el interior", he allí, en otros términos expresados, las características de los dos aspectos de la soberanía.

Desde luego hay que aclarar que las diferencias no implican en modo alguno la dislocación de las dos soberanías; el mismo

poder de mando que el Estado ejerce en el interior, es lo que permite tratar como autoridad (así sea en términos de igualdad) con los demás estados

De los muchos problemas que suscita el concepto de soberanía, dos son los que trataremos particularmente; el relativo al titular de la soberanía y el del ejercicio jurídico del poder soberano.

La evolución histórica de la soberanía culminó al localizar al Estado como titular del poder soberano, con el fin de esquivar de este modo la peligrosa consecuencia a que llegó la doctrina revolucionaria cuando trasladó al pueblo el absolutismo del príncipe.

El Estado como personificación jurídica de la nación, es susceptible de organizarse jurídicamente. Más como el Estado es una ficción, cabe preguntarse quién ejerce de hecho la soberanía.

El Estado es sujeto y titular de la soberanía, por no ser sino una persona moral, una ficción jurídica, es preciso que la soberanía sea ejercida en su nombre por personas físicas, una o varias, que quieran y obren por él.

Es natural y necesario que la soberanía, al lado de su titular perpetuo y ficticio, tenga otro titular actual y activo, en quien residirá necesariamente el libre ejercicio de la soberanía.

Este titular es el órgano u órganos en quienes se deposita el ejercicio actual y permanente del poder supremo, es decir, los gobernantes; ya que es la nación la que da vida al estado al hacer delegación de su soberanía en los gobernantes que instituye en su Constitución.

La experiencia americana llamada así por haberla acogido los principales países de nuestro continente, conforme a la cual se destituye de soberanía a los gobernantes y se les reconoce

originariamente en la voluntad del pueblo, externada por escrito en el documento llamado Constitución.

Dentro del sistema americano, el único titular de la soberanía es el pueblo o nación. De esta suerte los poderes públicos creados por la constitución, no son soberanos.

Pero queda establecido que el titular de la soberanía es el pueblo quien la delega para su ejercicio a los poderes que a través de una constitución crea. La idea de la constitución como norma fundamental fue formulada por primera vez en el siglo XVI.

En Francia durante la época de Enrique IV, Loyseau sostuvo que el poder real encuentra serias limitaciones en "las leyes fundamentales del Estado". Y Hobbes, en su obra *Leviathan*, escribe que la ley fundamental es aquella "cuya abolición traería consigo la ruina del cuerpo social y provocaría una anarquía completa". Esta ley tiene su origen, según Hobbes, en el contrato que sirve de base a la organización estatal.

Pero el concepto de ley suprema, en el sentido de carta constitucional, sólo empieza a tener importancia práctica en las colonias inglesas de América del Norte.

La organización de éstas se hallaba establecida en una serie de cartas otorgadas por los reyes de Inglaterra, en las cuales se fijaban los principios fundamentales de su gobierno y organización administrativa: "Las Fundamental Orders de Connecticut, aparecidas en forma de contrato celebrado por los colonos, constituyen el núcleo principal de la carta otorgada por Carlos II a la colonia, confirmada en 1776 por los pueblos como constitución del Estado libre y reemplazada en 1818 por una nueva constitución.

Del mismo modo, la colonia de Rhode-Island, establecida por Roger Williams sobre la base de un contrato de colonización, recibe en 1663 una carta de Carlos II, que confirma las

instituciones ya existentes y sirve de constitución a ese estado hasta 1842.

Las cartas de ambos estados de la confederación americana, son pues las dos más antiguas cartas constitucionales en el sentido moderno de la palabra.

Cuando estallo la revolución americana, las trece colonias tenían cartas de esa índole. Las dos ideas que sirvieron de base a tales documentos son, por una parte, la del contrato fundamental concluido por los miembros de la comunidad, y la de concesión emanada del poder real, por la otra.

Esta última idea fue debilitándose paulatinamente, en tanto que la tesis de que la constitución es fruto de un contrato se robusteció cada vez más. En las cartas de las colonias inglesas de América se consagraba el principio de la división de poderes, lo mismo que el de la limitación del poder legislativo de cada colonia

Tal poder tenía un límite en las mismas cartas y en las leyes inglesas. De este modo empezó a dibujarse la idea de la constitución como ley fundamental o suprema, es decir, como norma de normas. Esto significa por un lado, que la constitución sirve de base o fundamento a las demás leyes y, por otro, que la legislación ordinaria se encuentra subordinada al orden constitucional.

Al independizarse las colonias y transformarse en Estados, promulgaron, en éste y los siguientes años, sus distintas constituciones, de acuerdo con los principios de soberanía del pueblo y división de poderes. Tales documentos ejercieron una influencia decisiva en la Asamblea Constituyente francesa de 1789-1791 y, a través de las constituciones de Francia, en las demás de Europa y América.

Las constituciones americanas comprenden dos partes principales: el Bill of Rights (Declaración de Derechos) y el Plan of Government (Plan de Gobierno).

Las declaraciones de derechos no figuraban en las cartas coloniales o, al menos, no tenían la extensión que alcanzaron más tarde. El Bill of Rights contiene una enumeración de los derechos subjetivos públicos; el Plan of Government determina la estructura fundamental del Estado.

Al promulgarse en 1787, la Constitución Federal Americana, no se incluyó en ella ninguna Declaración de Derechos. Pero en 1789 se añadieron diez artículos más, con el carácter de Bill of Rights para toda la Unión.

A las dos partes principales de las constituciones modernas suele dárseles el nombre de Parte Dogmática (que en lo esencial corresponde a la Declaración de Derechos) y Parte Orgánica (que corresponde al Plan de Gobierno).

De tal suerte encontramos que la idea de que la constitución es la norma fundamental deriva de dos consideraciones principales. En primer término, las normas constitucionales; en los países que tienen una constitución escrita, se hallan por encima de la legislación ordinaria e incluso dan pie a su creación y sólo pueden ser modificadas de acuerdo a un procedimiento mucho más complicado y largo que el que debe seguirse para la elaboración de las demás leyes.

En segundo lugar, tales normas representan un fundamento formal de validez de los preceptos jurídicos de inferior rango.

Debemos entender que la constitución es el conjunto de normas relativas a la estructura fundamental del Estado, a las funciones de sus órganos y a las relaciones de éstos entre sí y con los particulares. Por ende es menester de este estudio de conceptos fundamentales referimos a la manera de su creación.

1.3.2. FORMAS DE LA CONSTITUCIÓN.

En la época moderna son los derechos de libertad, igualdad, seguridad jurídica y propiedad privada; principios rectores del constitucionalismo actual, y así se van a concebir en la etapa denominada liberalismo y que en forma clara se demuestra con las aportaciones ideológicas que motivaron la independencia de las colonias inglesas que conformaron los Estados Unidos de Norteamérica, en donde destacamos la Constitución de Filadelfia de 1787, la revolución francesa de 1789, la guerra de independencia de México en 1810.

Estas revoluciones y el movimiento de independencia con sus respectivas leyes fundamentales son las características de las constituciones modernas.

Dentro del ámbito inglés algunos autores afirman que la Carta Magna de 1215 (*Juan sin tierra*) en virtud de limitar al rey, es uno de los antecedentes del parlamentarismo, por consiguiente el derecho constitucional inglés inspira al derecho constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica.

En general la doctrina del derecho natural entiende por ley fundamental no plenamente aquélla que estructura al Estado, sino aquélla que también lo limita en atención a la protección de ciertas libertades que se le confieren al ciudadano, en este orden de ideas encontramos a la escuela del derecho natural que sostienen que todos los seres humanos nacen con derechos naturales intrínsecos, que le pertenecen, en virtud de ello el Estado debe respetarlos; de ahí surge la idea del Estado de derecho.

En Norteamérica las colonias inglesas tenían dos procedimientos para constituirse:

- 1.- Los convenios eran ratificados por el rey;
- 2.- Las colonias nacían por el otorgamiento de una carta de colonización que confiere el rey de Inglaterra.

La independencia y su conformación normativa tiene como antecedente al constitucionalismo inglés, en las cartas de privilegio que otorga el rey a los convenios.

En Francia, la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 es el resultado del ideario enciclopedista de la Revolución Francesa que tiene como objetivo limitar el poder del rey.

Después de señalar el marco teórico que brevemente hemos visto podemos definir a la constitución moderna como aquella que integra las libertades humanas y los derechos frente al Estado.

Atendiendo este punto de vista y atendiendo la perspectiva del formalismo jurídico podemos ver los siguientes criterios de clasificación de las constituciones:

– SEGÚN SU FORMA JURÍDICA:

ESCRITAS O CODIFICADAS.- Son aquellas que se encuentran en un solo documento.

NO ESCRITAS O DISPERSAS.- Son aquellas que se encuentran dispersas o en varios documentos.

– SEGÚN SU REFORMABILIDAD:

FLEXIBLES.- Son aquellas que pueden reformarse mediante un proceso ordinario.

RÍGIDAS.- Se refiere a aquellas en que se requiere de un procedimiento especial (la aprobación de las dos terceras partes del congreso y la aprobación de las legislaturas de los estados).

– SEGÚN SU ORIGEN:

OTORGADAS.- Se refiere a aquellas en que son otorgadas por el rey (gobernante) al pueblo.

FACTADAS.- Se refiere a las que se hacen a través de un pacto entre el rey (gobernante) y el pueblo.

IMPUESTAS.- Pueden ser aquellas en que el parlamento, el rey o el pueblo las impone.

Según el origen de las constituciones cabe aclarar que el criterio orientador que acabamos de ver obedece a una realidad diferente al caso de México. De ahí que es menester recordar que el origen de la constitución de 1917 es:

- 1.- Surge después del movimiento de 1910.
- 2.- En 1913 se da respuesta con el Plan de Guadalupe al Huertismo.
- 3.- Lo que representa las facciones en pugna lo retoma el constituyente de 1916-1917, esencialmente en lo referente a los derechos sociales.

Basándose en estos tres puntos vale la pena hacer las siguientes consideraciones; primero, si aceptamos que la constitución tomó en cuenta los intereses del pueblo estaríamos aceptando que éste se otorgó su constitución. De ahí entonces que estaríamos hablando de una constitución óptica; es decir de una Carta Magna que creada por la población del territorio donde ha de aplicarse responde a las necesidades actuales de quien la ha creado.

Debemos señalar además que la constitución de 1917 para México, no es la primera que existía para este pueblo, pero que si es el producto de una evolución de cien años de vida independiente, de luchas internas, la respuesta a constantes intervenciones de potencias que de alguna manera creían tener algún derecho sobre los habitantes originales de este país.

Ahora bien, si aceptamos que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos firmada el 31 de enero de 1917, promulgada el 5 de febrero del mismo año y puesta en vigor el 1 de mayo de 1917 es una constitución que requiere para su reforma que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados, según lo previene el artículo 135 de la misma; entonces estaríamos hablando de una Constitución rígida.

Además de ser una Constitución escrita, denominada Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es una Constitución de vanguardia, por ser la primer Constitución Social del mundo.

Desde luego tiene trascendental importancia saber en que clasificación encuadra nuestra constitución, pero además es preciso establecer cuál es la forma de su creación, lo cual nos permitirá establecer claramente la motivación a la que responde su elaboración.

1.3.3 SU ELABORACIÓN.

Nuestra Constitución actual es obra de una asamblea constituyente, como fue la que se reunió en la ciudad de Querétaro en el año de 1917 y la cual creó y organizó, en la Constitución por ella expedida, a los poderes constituidos, dotados

de facultades expresas y por ende limitadas, e instituyó frente al poder de las autoridades ciertos derechos de las personas.

Una vez que el constituyente de Querétaro cumplió su cometido de dar la Constitución, desapareció como tal y en su lugar empezaron a actuar los poderes constituidos, dentro de sus facultades.

En nuestro régimen el pueblo hizo uso de su soberanía por medio de sus representantes reunidos en una asamblea especial, cuya obra fue la Constitución, la cual viene a ser de este modo expresión de su soberanía.

Una vez que llenó su cometido, dicha asamblea desapareció y al extinguirse pudo entenderse que se había agotado el ejercicio de la soberanía. En su lugar aparecieron la Constitución, como exteriorización concreta de la soberanía, y los poderes por ella organizados, los cuales no son ya soberanos, pues sus facultades están enumeradas y restringidas.

La separación en el tiempo del Poder Constituyente, autor de la Constitución, y de los poderes constituidos, obra y emanación de aquél, no presenta dificultad; en el momento en que la vida del primero se extingue, por haber cumplido su misión, comienza la de los segundos.

Y la diferencia teórica tampoco es difícil de entender: El Poder Constituyente únicamente otorga facultades, pero nunca las ejercita, al contrario de los Poderes Constituidos, que ejercitan las facultades recibidas del constituyente, sin otorgárselas nunca a sí mismos.

El artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece un órgano, integrado por la asociación del Congreso de la Unión y de las legislaturas de los Estados, capaz de alterar la Constitución, mediante adiciones y reformas a la misma.

"Artículo 135.- La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas".¹⁵

Ese órgano tiene que funcionar de alguna forma de la función soberana, desde el momento en que puede tocar la obra que es expresión de la soberanía.

Su función es, función constituyente. Y como, por otra parte, se trata de un órgano que sobrevive al autor de la Constitución, cuya vida se extinguió con su tarea, consideramos que merece por todo ello el nombre de Poder Constituyente Permanente.

El Congreso Federal es Poder Constituido; cada una de las legislaturas también lo es. Pero eso acontece cuando actúan por separado, en ejercicio de sus funciones normales; una vez que se asocian, en los términos establecidos por el artículo 135 que hemos transcrito anteriormente, componen un órgano nuevo, que ya no tiene actividades de Poder Constituido; es decir, de gobernante, sino únicamente de Poder Constituyente.

Adicionar la Constitución o reformarla, que es en lo que estriba la competencia del Constituyente Permanente; quiere decir en consecuencia, que dicho poder no tiene facultad para derogar totalmente la Constitución en vigor, substituyéndola por otra, pues esa facultad no puede incluirse en las únicas que tiene el Constituyente Permanente, como son las de adicionar y la de

¹⁵ CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS", Editorial SISTA, México 2000.

reformular, las cuales se ejercitan siempre sobre una ley que existe y sigue existiendo.

Al excluir de las facultades del Constituyente Permanente, las de derogar y expedir totalmente una Constitución, podría parecer que han quedado debidamente acotadas las atribuciones de dicho poder, que son tan solo las de adicionar y reformar la Constitución existente.

Pero atendiendo a estas consideraciones, ¿ hasta dónde llega la facultad que para reformar la Constitución tiene el Constituyente Permanente? ¿Podría con ella reformar cualquier precepto de la Constitución? ¿Podrá mediante reformas sucesivas o simultáneas derogar de hecho la Constitución vigente?

Si ni el pueblo directamente, ni un constituyente especial, ni los poderes constituidos, pueden modificar en México la Constitución, ¿quién podría modificar los llamados preceptos básicos, las decisiones políticas fundamentales, la forma de gobierno, las garantías individuales, los derechos de los Estados, etc.?

No debemos olvidar que esos preceptos son perennes e invariables, o para variarlos es preciso salirse de la Constitución. Pero para reformar cualquier precepto de la Constitución el órgano constituyente a que se refiere el artículo 135 de la propia Carta Magna es el único investido de plenitud de soberanía para reformar o adicionar en cualquiera de sus partes la Constitución Mexicana.

Por vía de reformas o de adición, nada escapa a su competencia, con tal de que subsista el régimen constitucional, que aparece integrado por esos principios que la conciencia histórica del país y de la época, considera esenciales para que exista una constitución.

El sentido gramatical de las palabras no puede ser barrera para dejar a un pueblo encerrado en un dilema sin salida. No se puede expedir formalmente una nueva Constitución, pero si se puede dar de hecho a través de las reformas.

1.3.4 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.

El contenido normativo del derecho, bien plasmado en disposiciones legislativas como la Constitución que como hemos señalado corresponde a este cuerpo colegiado crearla, o bien a una práctica social constante y con fuerza de obligatoriedad, forzosamente debe ser garantizado, en cuanto a su imperatividad, por un poder superior a la voluntad de cada individuo, de tal suerte que la aplicación de lo jurídico no quede supeditada al arbitrio de éste.

Este poder, que también recibe el nombre de autoridad, considerando este concepto no en su acepción de órgano estatal dotado de funciones de ejecución y decisión, sino como actuación suprema, radica en la comunidad misma, en el propio grupo social, y es ejercido por entidades creadas a posteriori, a las cuales expresamente se les ha conferido esa facultad.

La autoridad de un Estado, el cual constituye la forma de organización política y jurídica de una sociedad humana, pueblo o nación, implica, pues, un poder, o sea, un conjunto de facultades y actos tendientes a garantizar el orden de derecho mediante su idónea aplicación contra posibles contravenciones por parte de los individuos de la comunidad, asegurando así el orden social, aun cuando su atribución indebida en muchas hipótesis, históricamente dadas, sirva de medio a la arbitrariedad despótica.

De la importante misión que tiene que realizar ese poder social, cuyo titular es el Estado como organización formal jurídico política de la sociedad humana y cuya depositaria es ésta, se

desprende con evidencia una de sus características fundamentales, a saber: la de ser soberano.

La soberanía cuyo término deriva de la conjunción "super-omnia", o sea sobre-todo, es un atributo del poder del Estado, de esa actuación suprema desarrollada por y dentro de la sociedad humana, que supedita todo lo que en ella existe, que subordina todos los demás poderes y actividades que se desplieguen en su seno.

El Estado como forma en que se organiza un pueblo o una sociedad humana, al adquirir sustantividad propia, al revestirse con una personalidad jurídica y política, se convierte en titular del poder soberano que, sin embargo, como ya dijimos, permanece radicado en uno de sus elementos que es la comunidad.

La soberanía popular, llamada así porque es en el pueblo en quien efectivamente radica aquella potestad suprema "que no reconoce ningún otro poder superior a él; es el poder supremo e independiente".

De esta concepción de soberanía podemos derivar dos de sus características principales; en primer lugar, la consistente en la imposibilidad de que exista un poder superior a ella dentro del Estado, y en segundo, la de que exteriormente no depende de ninguna otra potestad.

Estas dos notas fundamentales de la soberanía implican que el Estado, su titular jurídico y político, es autónomo, es decir, capaz de darse sus propias normas para regir su vida interior, e independiente, en cuanto que, en sus relaciones con los demás, no está supeditado a ellos.

Sin embargo, la soberanía, como potestad suprema del Estado, no es ilimitada, sino que esta sujeta a restricciones; más estas no provienen de una imposición, de un poder ajeno y extraño a ella, sino que obedecen a su propia naturaleza.

En efecto, el pueblo, siendo el depositario real del poder soberano, en ejercicio de este decide desplegar su actividad suprema dentro de ciertos causes jurídicos que él mismo crea y que se obliga a no a transgredir, en una palabra, se autolimita.

La facultad de autodeterminación y autolimitación, que son las capacidades siempre coexistentes del concepto de soberanía popular y que participan, por ende, de su carácter de inalienabilidad, también están implicadas en nuestro orden constitucional.

En efecto, siendo la Constitución la Ley Fundamental que establece primordialmente la organización del Estado y el funcionamiento, atribuciones, etc. de los órganos o autoridades supremos de que está compuesto su gobierno, resulta que toda ella, por sí misma, traduce en normación positiva, la facultad de autodeterminación del pueblo investido de soberanía.

En cuanto a la facultad de autolimitación, ésta se encuentra prevista, a modo de declaración inicial general, en el artículo primero constitucional que contiene el otorgamiento de garantías individuales que el pueblo hace a los habitantes del Estado Mexicano por medio de la Constitución.

La autolimitación es una de las capacidades propias de la soberanía, implica una restricción a la actividad del Estado introducida por el orden jurídico.

Si es el propio Estado el que se autolimita en cuanto al poder que le es inherente para cumplir sus fines, evidentemente que esta autolimitación se traduce en una serie de restricciones jurídicas impuestas a la actividad de las autoridades estatales.

Independientemente de las consideraciones anteriores las garantías constitucionales, que como mejor deben llamarse

garantías del gobernado, denotan esencialmente el principio de seguridad.

Pero desde luego debemos entender que el mismo concepto puede tener diversas acepciones, que en busca claro esta, de contener exactamente la descripción normativa de los derechos del individuo frente al Estado puede verse de diferente manera.

Parece ser que la palabra garantía proviene del término anglosajón "warranty" o "warantie", que significa acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar, por lo que tiene una connotación muy amplia.

Garantía equivale, en su sentido lato, a aseguramiento o afianzamiento, pudiendo denotar también protección que además es la idea universal de la palabra, respaldo, defensa, salvaguarda o apoyo.

Por lo anterior afianzando el concepto de garantía en esas palabras; encontramos que el concepto de garantía en derecho público ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones a 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 está sometida a normas pre-establecidas que tienen como base de sustentación el orden constitucional.

Kelsen alude a las garantías de la Constitución y las identifica con los procedimientos o medios para asegurar el imperio de la Ley Fundamental frente a las normas jurídicas secundarias, es decir, para garantizar el que una norma inferior se ajuste a la norma superior que determina su creación o su contenido.

Desde luego sobra decir que esta opinión de Kelsen no se dirige hacia la definición del tipo específico de garantía que nos

interesa, pues no habla de las garantías del gobernado sino de los medios o sistemas para garantizar o asegurar la prevalencia de las normas jurídicas superiores sobre las de menor categoría.

Alfonso Noriega C. Maestro de la Facultad de Derecho de la UNAM, identifica a las garantías individuales con los llamados "derechos del hombre", sosteniendo que esas garantías 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 reconocer, respetar y proteger, mediante la creación de un orden jurídico social, que permite el libre desenvolvimiento de las personas, de acuerdo con su propia y natural vocación, individual y social.

Pero a pesar de las diversas acepciones del vocablo y de la idea de lo que es una garantía dentro del campo del derecho, debemos prescindir de los múltiples significados que tiene, para contraernos al concepto respectivo a la relación jurídica de *supra* a subordinación de que vamos a hablar, y de la que surge el llamado "derecho público subjetivo" del gobernado y que equivale, en cierta medida, al derecho del hombre de la Declaración Francesa de 1789 y de nuestra Constitución Mexicana de 1857.

Desde el punto de vista de nuestra Ley Fundamental vigente, las garantías individuales implican, no todo el variado sistema jurídico para la seguridad y eficacia del Estado de derecho, sino lo que se ha entendido por "derechos del gobernado" frente al poder público.

La relación entre ambos conceptos, "garantía individual" y "derechos del gobernado", se deduce de la gestación parlamentaria del artículo primero de la Constitución de 1857.

Es decir, los constituyentes del 56-57, influidos por la corriente jusnaturalista, consideraron que los derechos del hombre son aquéllos que este recibe de Dios, y que dada su amplitud y variedad, no era posible enmarcar dentro de un catálogo.

Por ello, dichos constituyentes se concretaron a instituir las garantías que aseguran los goces de esos derechos, de tal suerte que al consagrar las propias garantías, en el fondo se reconoció el derecho respectivamente protegido o asegurado por ellas, estableciéndose así la relación de que hemos hablado entre Estado y gobernado.

La autolimitación y, por ende, las limitaciones o restricciones de las conductas de las autoridades, se establecen por todo el orden jurídico del Estado, independientemente de la índole jerárquica de las distintas normas que los integran, siguiendo diversos criterios.

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.

En la vida cualquier de Estado o sociedad existen tres fundamentales tipos de relaciones, a saber: las de coordinación, las de supraordinación y las de supra a subordinación.

— Las relaciones de coordinación son los vínculos que se entablan merced a una gama variada de causas entre dos o más sujetos físicos o morales dentro de su condición de gobernados.

— Las relaciones de supraordinación se establecen entre los diferentes órganos de poder o de gobierno de un estado o sociedad, normando la actuación de cada uno de ellos.

A diferencia de los dos tipos de relaciones que hemos mencionado, que reconocen siempre una relación igualitaria o de paridad formal entre sus sujetos (gobernados entre sí o autoridades entre sí), las relaciones de supraordinación o subordinación descansan entre una dualidad cualitativa subjetiva, o sea, que surgen entre dos entidades colocadas en distinto plano

o posición, es decir, entre el Estado como persona jurídico-política y sus órganos de autoridad por un lado, y el gobernado, por el otro.

En dichas relaciones, la persona moral estatal y sus autoridades desempeñan frente al gobernado la actividad soberana o de gobierno, o sea, actos autoritarios propiamente dichos que tiene como atributos esenciales la unilateralidad, la imperatividad la coercibilidad.

Unilateral, porque su existencia no requiere de la voluntad del particular al que va dirigido o frente al que se realiza; que es imperativo, en virtud de que se impone contra y sobre la voluntad en contrario del gobernado, quien tiene la obligación de obedecerlo, y sin perjuicio, claro está, de que lo impugne jurídicamente como corresponda; y que es coercitivo, atendiendo a que, si no se acata por rebeldía u oposición de la persona contra quien se pretende ejecutar, puede realizarse coactivamente, incluso mediante la fuerza pública, en detrimento de ella.

Cuando las relaciones de supra o subordinación se regulan por el orden jurídico, su normación forma parte tanto de la Constitución como de las leyes administrativas principalmente, implicando en el primer caso las llamadas "garantías individuales".

En consecuencia, estas, de conformidad con lo que se acaba de exponer, se traducen en relaciones jurídicas que se establecen entre el gobernado, por un lado, y cualquier autoridad estatal de modo directo e inmediato y el Estado de manera indirecta, por el otro.

La relación jurídica de supra o 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 individuales según su postura ideológica adoptada en las constituciones que rigieron a nuestro país durante el siglo pasado, se reputaron, en términos generales, como medios sustantivos constitucionales para asegurar los derechos del hombre. Así inclusive, se estimaron por el artículo primero de la Constitución de 1857, para cuyo ordenamiento tales derechos implicaron la base y el objetivo de las instituciones sociales.

Es evidente que dentro de esa concepción 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. Atendiendo al sujeto como único centro de imputación de las citadas garantías se consideraba por los preceptos que las instituían, la denominación o el adjetivo de "individuales" se justificó plenamente.

Sin embargo y aún bajo la vigencia de la Constitución de 1857, surgió el problema jurídico consistente en determinar si las llamadas personas morales podrían ser titulares de las garantías individuales, que según se dijo, se implantaron en el mencionado ordenamiento supremo para asegurar los derechos del hombre.

El problema a que nos referimos se suscitó en torno a la cuestión de si las personas morales o corporaciones, que evidentemente no son individuos ni tienen derechos del "hombre", podían invocar, frente a cualquier acto de autoridad, la violación que en su perjuicio de éste cometieran a los preceptos en que las multicitadas garantías se consignaban.

Se arguyó que de las garantías individuales sólo podían gozar las personas físicas o individuos, pues las personas morales, por carecer de sustantividad humana, no podían ser titulares de derechos del hombre, que sólo a éste pertenecen, ni, por ende, ser protegidas por los medios sustantivos de tutela de esos derechos.

El criterio certero y de gran hondura jurídica del ilustre Don Ignacio L. Vallarta resolvió el problema en el sentido de que, a pesar de que las personas morales no eran seres humanos, sino ficciones legales, y de que, por ende, no gozaban de derechos del hombre, como entidades sujetas al imperio del Estado, sí podían invocar en su beneficio las garantías individuales, cuando éstas se violasen por algún acto de autoridad, lesionando su esfera jurídica.

En el pensamiento de Vallarta asoma un principio de extensión de las garantías individuales desde el punto de vista subjetivo, es decir, en cuanto al sujeto titular de las mismas.

Los preceptos constitucionales que demarcan y encauzan el ejercicio del poder público frente a los gobernados, han recibido el nombre de garantías individuales por modo indebido y a consecuencia de un transunto histórico de la ideología individualista y liberal que hasta antes de la Carta de Querétaro había sustentado en México la ordenación jurídica y política estatal.

El adjetivo "individuales" no responde a la índole jurídica de las garantías consagradas en la constitución. Estas no deben entenderse sólo consignadas para el individuo, sino para todo sujeto que, en los términos ya anotados, se halle en la posición de gobernado.

Tomando en cuenta este concepto, se concluye que las garantías constitucionales impropriamente denominadas individuales, son susceptibles de disfrutarse por todo sujeto que se encuentre en la expresada situación, ya que dichas garantías no son sino exigencias ineludibles que debe observar todo acto de autoridad para ser constitucionalmente válido frente al sujeto que se llama gobernado.

En conclusión, si para que una persona tenga el carácter de gobernado es menester que respecto de ella se desempeñan actos de autoridad y si estos generan las relaciones de supra o

subordinación, tal carácter sólo existe en los mencionados vínculos.

Consecuentemente; por gobernado o sujeto activo de las garantías individuales debe entenderse a aquella persona en cuya esfera operen o vayan a operar actos de autoridad, es decir, actos atribuibles a algún órgano estatal que sean de índole unilateral, imperativa y coercitiva.

Ahora bien, ya hemos dicho que la naturaleza de gobernado, a cuyo concepto equivale la idea de individuo empleada en el artículo primero de nuestra Constitución Federal, puede darse en diferentes tipos de entes jurídicos, tales como las personas físicas o individuos en sentido estricto, las personas morales de derecho privado (sociedades o asociaciones), las de derecho social (sindicatos y comunidades agrarias), las de derecho público (personas morales y oficiales) y los organismos descentralizados.

En resumen las garantías que a título de individuales instituye nuestra Constitución, propiamente se refiere a todo sujeto que tenga o pueda tener el carácter de gobernado en los términos que expusimos este concepto.

Pero como ya dijimos es una relación jurídica y como tal tiene otros sujetos de la misma. El sujeto pasivo de la relación jurídica que implica la garantía individual está integrado, ya lo dijimos, por el Estado como entidad jurídica y política en que se constituye el pueblo y por las autoridades del mismo, las cuales son las directamente limitadas en cuanto a su actividad frente a los gobernados por las garantías individuales, como manifestaciones de la restricción jurídica del poder de imperio, siendo el Estado el sujeto pasivo mediato de la relación de derecho respectivo.

Además esta relación jurídica genera, para éstos sujetos, derechos y obligaciones que tienen contenido especial. Ya que las garantías individuales se han reputado históricamente como

aquellos elementos jurídicos que se traducen en medios de salvaguarda de las prerrogativas fundamentales que el ser humano debe tener para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público.

En consecuencia los derechos y obligaciones que implica o genera la relación que existe entre gobernados y gobernantes o entre aquellos y el Estado, tienen como esfera de gravitación esas prerrogativas sustanciales del ser humano, cuyos fundamentos filosóficos expusimos en otra ocasión, considerándose como aquellas la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica que es el tema esencial de este trabajo y las de propiedad.

1.3.5. ONTICIDAD CONSTITUCIONAL.

En todos los pueblos, las primeras formas de manifestación fue la costumbre; los más antiguos textos legales como el Código de Hammurabi son simplemente la recopilación de las costumbres ya existentes, aún en Roma en la que desde los tiempos de la República tuvo gran importancia el derecho escrito o *ius scriptum*, sin embargo la costumbre también tuvo gran importancia pues en ella se inspiraba el pretor para crear con el conjunto de sus decisiones el *ius honorarium*.

En la Edad Media también se recibe la influencia del derecho consuetudinario de origen germánico que sería el antecedente del feudalismo. En el norte de Francia se aplicaba principalmente el derecho feudal y por lo tanto dicha región se le llamaba "país de costumbres".

La incertidumbre a la que daba lugar la costumbre hizo sentir la necesidad de que fuera consignada por escrito.

En ese sentido aparecen en Francia los *coutumiers* o colección de costumbres que son obras de particulares. Más tarde,

Carlos VIII en las ordenanzas de Montils-Ies (1454) mandó que se redactaran en forma oficial las costumbres provinciales; esta obra fue realizada en el transcurso de la segunda mitad del siglo XV y la primera del siglo XVI.

Estas costumbres recopiladas, no tenían la misma categoría que una ley; reflejaban las costumbres jurídicas de una época determinada pero no detenían su movimiento creador.

La costumbre que crea el derecho o costumbre jurídica es una especie dentro del conjunto de los usos sociales, no basta que sea un hábito arraigado en la sociedad, sino que debe ser una práctica suficientemente prolongada de un determinado proceder (inveterada consuetudo) y que se caracterice por la convicción existente de que dicha práctica es obligatoria y, por tanto, puede ser coactivamente aplicada por el Estado.

Ahora bien, el que una costumbre sea legislada para obtener la fuerza de ley, es lo que denominaremos en este trabajo *ónticidad jurídica*.

Según el diccionario Larousse define como *óntico*, lo relativo a la evolución del ser, por lo cual debemos entender que la *ónticidad jurídica* responde a las necesidades que en una época y lugar determinados se plantea el hombre (el ser humano); o mejor dicho la sociedad a cuyas necesidades responde esa norma jurídica creada.

Como ha quedado establecido con anterioridad en este capítulo, la costumbre es una de las fuentes del derecho, por lo tanto no debemos limitarnos a que es la única forma de responder a las necesidades de la población a la que ha de aplicarse, actualmente en un Estado de derecho escrito como lo es México el proceso legislativo es el que debe responder a las necesidades de la época.

Es el proceso legislativo moderno en donde encontramos el verdadero significado de nuestra expresión; ónticidad, esto esencialmente porque las leyes se crean en base a la actualidad, el órgano colegiado que se encarga de crearlas es el representante nacional, el encargado de expresar la voluntad del pueblo al que representan.

Lo que hemos señalado en el párrafo que antecede no es privativo de los últimos tiempos en México esta práctica se remonta desde su nacimiento como Estado libre y soberano, nuestra ley fundamental ha tenido diversas modificaciones a través de nuestra historia, pero desde sus memorables antecedentes ha respondido a las necesidades del pueblo mexicano.

De ahí que es menester analizar la historia de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, desde luego esto implica analizar México a través de sus Constituciones, México a través de su historia.

La colonia queriendo darle los españoles a la conquista un aspecto de legalidad invocaron las bulas de Alejandro VI, que era una especie de laudo arbitral que solucionaba las disputas entre España y Portugal sobre la propiedad de las tierras descubiertas, ya que en ese tiempo el Papa era el encargado de distribuir lo existente en la tierra con la condición de que convirtieran (en el caso de América) a los indios en cristianos.

La tierra del Nuevo Mundo estuvo bajo el dominio español casi en su mayoría desde su descubrimiento, entre 1810 y 1826, se independizaron de España casi todas sus colonias americanas y solo quedaron dependientes de la metrópoli, Cuba y Puerto Rico.

Las causas generales fueron la creencia de las colonias americanas de gobernarse por sí mismas; los criollos descendientes de los españoles nacidos en América, se sentían disgustados por el trato inferior de que eran objeto, los mestizos y

los indígenas estaban dispuestos a secundar cualquier intento de rebelión; la administración española provocaba la indignación por el exceso de impuestos y el monopolio comercial.

Aunado a lo anterior los ejemplos de los Estados Unidos de Norte América y la Revolución Francesa encendieron el ánimo revolucionario entre los patriotas hispanoamericanos. Además de ello hubo una causa circunstancial que fueron las juntas de gobierno, formadas en América para representar a Fernando VII cuando Napoleón lo hizo prisionero en Francia y sirvieron a los elementos criollos para organizarse y ponerse frente al dominio español.

La invasión francesa en la península produjo en la colonia de la Nueva España una reacción atinapoleónica. El licenciado Primo de Verdad defendía que la soberanía debía recaer en el pueblo a causa de la pérdida de libertad de Fernando VII.

Hubo diferentes conspiraciones que fracasaron, pero la de Querétaro culminó con el grito de independencia que don Miguel Hidalgo y Costilla lanzó el 15 de septiembre de 1810 en el pueblo de Dolores.

En el movimiento independentista Hidalgo se ve obligado a expedir dos documentos socio-políticos:

- 1.- El 5 de diciembre en Guadalajara, el cual parece ser el punto de partida del movimiento agrario, ya que ordena la entrega de las tierras a quien las trabaja.
- 2.- También en Guadalajara el 6 de diciembre abolió la esclavitud y el tributo, ambos documentos se hicieron en 1810.

Hidalgo fue fusilado en 1811 siendo su sucesor José María Morelos y Pavón quien va más lejos en las medidas sociales, se conoce un documento para la confiscación de los intereses europeos y americanos adictos al gobierno español.

Morelos convoca en Chilpancingo a un congreso y en él expide veintitrés puntos en los cuales se observan los lineamientos que caracterizan a la constitución.

- A) Los derechos sociales, y
- B) Los derechos individuales.

Estos puntos se expusieron al congreso para elaborar la Constitución de Apatzingán, destacando los siguientes puntos:

- 1.- El rechazo de Fernando VII como titular de la soberanía; ésta radica en el pueblo.
- 2.- División de poderes, en ejecutivo, legislativo y judicial.
- 3.- Se suprime el carácter aristócrata para participar en las elecciones.
- 4.- Los empleos son exclusivamente para los americanos.
- 5.- Se realiza el gobierno liberal y se condena el gobierno tiránico.

Morelos es quien convoca a moderar la opulencia de tal modo que aumente el jornal del pobre con el objeto de alejarlo de la ignorancia, la rapiña y el hurto.

Es Morelos el autor histórico de la primera constitución para la tierra libre de América, Constitución ésta que responde a los anhelos de libertad, de igualdad y democracia. Se plasman así por primera vez en México las necesidades de su pueblo y las respuestas a su evolución social.

A partir de 1812 en España se esperaba que el monarca Fernando VII aceptara la Constitución de Cádiz y cuando el rey volvió a ocupar el trono se manifestó como un decidido absolutista.

En la Nueva España los liberales tenían esperanzas de que el monarca español hiciera un gobierno constitucional y liberal, pero al ver la actitud de Fernando VII, los liberales mexicanos continuaron su lucha por la independencia.

La revolución de Cabezas de San Juan dirigida en España por Riego y Quiroga obligó al rey Fernando VII a aceptar la Constitución de 1812. Iturbide, que estaba en contra de esta Constitución por su espíritu conservador, se pasó al bando anticonstitucional de México, se unió a Vicente Guerrero y mediante el Plan de Iguala proclamaron la Independencia de México.

El gobierno de Iturbide aunque imperial representa la primera forma de gobierno de México independiente, fue despótico y tiránico, en su pugna contra el poder legislativo decide en 1822 disolver el congreso y en su lugar se instaura una junta de gobierno formada por los incondicionales al emperador.

En 1823 se logra la reinstalación del congreso, en Veracruz aparece por primera vez en nuestra historia Antonio López de Santa Anna con el plan de Jalapa y el acta de Casamata, pidiendo que se convoque a un congreso constituyente.

Con el Acta de Casamata las provincias adquirirían autonomía lo que se considera antecedente del sistema Federal en México. El acto constitutivo del sistema federal se realiza en la Constitución de 1824 que es la primera constitución vigente en México independiente, siendo en ese año el primer presidente constitucional Guadalupe Victoria, quien es derrotado con "El Plan de Perote", en donde Santa Anna apoya a Guerrero y comienza, así a perfilarse el México anárquico.

En 1832 Santa Anna resulta electo acompañado en la Vicepresidencia por Valentín Gómez Farías de ideas liberales, al retirarse el primero a Veracruz, Gómez Farías toma medidas para restringir a la iglesia, el clero recurre a Santa Anna quien después de organizar una revuelta desconoce las leyes de Gómez Farías, se dan así en 1836 las condiciones para elaborar las siete leyes constitucionales cuyas medidas son:

1.- Cambio a un gobierno centralista.

2.- Se agrega un cuarto poder, el conservador que vigila el correcto funcionamiento de los tres poderes y no era responsable de sus actos únicamente ante dios.

3.-Se exige una renta anual para ocupar cargos de elección.

4.- El poder legislativo se deposita en las dos cámaras tradicionales, la de Senadores no tenía razón de existir puesto que no había estados que representar.

Como consecuencia del centralismo se abandonaron las provincias más lejanas de la capital, Texas y Coahuila tenían sus propias autoridades, ya que al terminar el sistema federal se regulan por las autoridades centrales, el abandono fue la pauta para que Texas proclamara su independencia, se logra detener las intenciones de Coahuila y Yucatán pero no las de Texas.

En Yucatán nace el juicio de amparo, donde se elabora un proyecto de Constitución, entre sus principales exponentes encontramos a Manuel Crescencio Rejón, otra de las consecuencias del centralismo es la inestabilidad política que en unos cuanto años da varios gobiernos.

En 1842 se convoca a un nuevo congreso constituyente, en el cual no logran sus miembros ponerse de acuerdo sobre el sistema de gobierno que habría de adoptarse y se elaboran dos proyectos, y como las opiniones se dividen se elabora un tercer proyecto en el cual se concilian las opiniones, se constituye una junta nacional legislativa adicta a las clases gobernantes y se elabora lo que hoy conocemos como las leyes orgánicas también de carácter centralistas de 1843.

En 1846 se establece el sistema federal convocando a un nuevo congreso constituyente, que dada la situación considera reestablecer los principios de la constitución de 1824. Mariano Otero convence a la opinión pública de volver al federalismo; así en 1847 aparece 'el acta de reformas' de la que destacamos:

- 1.- Que se suprima la vicepresidencia.
- 2.- Aparece el juicio de amparo que había nacido en el proyecto de constitución de Yucatán.
- 3.- El Estado de México, Puebla y Michoacán ceden territorio para crear el Distrito Federal.

Después de un gobierno despótico y tiránico de Santa Anna, aparecen con el "Plan de Ayutla" Ignacio Comonfort y Juan N. Álvarez, quien al derrotar a Santa Anna asume la Presidencia de la República, el cual promulga las siguientes leyes:

- 1.- La del 25 de noviembre de 1855; Ley Juárez (Benito Juárez, ministro de Justicia y asuntos eclesiásticos), sobre administración de justicia donde se suprimen los fueros civiles, militares y eclesiásticos.

Ante esto reacciona la clase privilegiada provocando la división del gabinete y derrocando a Juan N. Álvarez, Ignacio Comonfort substituye en la presidencia a Juan Álvarez, pero éste antes de salir expide el 16 de octubre de 1855 la convocatoria a un nuevo congreso constituyente.

Comonfort en la presidencia gobierna en forma moderada, pero no puede impedir que se sigan promulgando leyes de carácter reformista, así el 28 de diciembre de 1855, se expide la "Ley Fragua" en donde se establece la libertad de imprenta.

El 25 de junio de 1856 se da la "Ley Lerdo" conocida también como la ley de desamortización de bienes y corporaciones civiles y eclesiásticos, encaminadas a terminar con los errores económicos que habían contribuido a mantener estacionada la propiedad, a esta ley se le agrega más tarde la ley de nacionalización de los bienes eclesiásticos de 1859.

El 18 de febrero de 1856 tuvo lugar la apertura de sesiones del congreso constituyente al que había convocado Juan N. Álvarez con fundamento en el artículo 5º del Plan de Ayutla. Se

trataba de constituir a la nación bajo una República, representativa y federal, ante la dificultad de reunirse este congreso en Dolores Hidalgo, Comonfort lo reúne en la capital del país contando con 18 diputados.

Liberales moderados y radicales se integran en una comisión encargada de elaborar una Constitución y entre los temas a tratar se señalan;

- 1.- Un carácter jurisdiccional encaminado a revisar los actos de Santa Anna y los actos del ejecutivo provisional.
- 2.- Un carácter legislativo que consiste en la elaboración de la Constitución.
- 3.- En este congreso se debaten principios que forman la filosofía político-económica y social del partido liberal.

La nación comienza en estos tiempos a desgarrarse por primera vez por principios políticos, es este el momento crucial que da paso a una nueva Constitución, que sin embargo no pretende dejar fuera las más altas aspiraciones de un pueblo que todavía no sabe administrar su libertad, que lucha por dirigirse a la construcción de una filosofía propia.

En este congreso se avanza en la aprobación de principios como;

- 1.- La representatividad, la voz del pueblo en la máxima tribuna de la nación, en el constituyente de 1857 se aprobó a través de la elección indirecta.
- 2.- La libertad de imprenta, que se aprueba y se plasma en el artículo catorce de la Carta Magna, y que años más tarde tuviera que ser retomada en el movimiento revolucionario de 1910.
- 3.- La libertad de pensamiento o libre manifestación de ideas.
- 4.- La libertad de enseñanza; artículo 3°.
- 5.- Libertad económica en materia de trabajo, nadie puede ser obligado a trabajar sin la justa retribución por su trabajo, con pleno y libre consentimiento.

A mediados de 1859 el gobierno juarista expidió una serie de disposiciones que son consideradas con el nombre genérico de "Leyes de Reforma". Se comenzaron a expedir el 12 de julio de 1859, precedidas de un manifiesto expedido cinco días antes, manifiesto en el que se acusaba al clero de ser el promotor y sostenedor de la sangrienta guerra, y a resultas de la cual se expedían tales leyes.

Estas leyes en concreto son las siguientes:

- 1.- Nacionalización de todos los bienes muebles e inmuebles pertenecientes a la Iglesia, a pretexto sobretodo de que el clero sostenía a los enemigos de la Constitución. En la misma ley se suprimían las ordenes religiosas de varones y se dispuso la separación entre la iglesia y el Estado. 12-junio-1859
- 2.-La declaración de que el matrimonio era un simple contrato civil, con lo que el matrimonio eclesiástico dejó de tener validez.
- 3.-Establecimiento del registro civil, el 27 de enero de 1857.
- 4.- Secularización de los cementerios, o sea, apartación del clero de toda intervención en la administración de éstos.
- 5.- Implantación de la libertad de cultos. La cual no ve Constitucionalizada Juárez, pues esto se logra hasta 1873.

Es así como aparece la nueva Constitución que se divide en seis partes a saber:

- 1.- Derechos del hombre, los cuatro clásicos; Igualdad, Libertad; Propiedad y Seguridad.
- 2.- Referente a la nacionalidad y a la ciudadanía la cual se adquiere a los 21 años.
- 3.- Soberanía nacional, ésta recae en el pueblo, forma de gobierno República Representativa.
- 4.- Sistema Federal.
- 5.- División de poderes; Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No existe la cámara de senadores y se suprime la vicepresidencia.
- 6.- Responsabilidad de los funcionarios públicos.

No obstante que la cuestión religiosa no es atacada por la Constitución de 1857, la Iglesia se siente atacada por los

principios liberales que se consignaron en esta, así se inicia la lucha contra la Constitución al grado de excomulgar a quien la cumpliera.

Comonfort empieza a titubear entre sus temores religiosos y sus inclinaciones liberales, al grado de adherirse al "Plan de Tacubaya" que había sido lanzado en contra de su gobierno, a lo cual se le conoce como el auto golpe de Estado. En virtud de lo cual Comonfort deja la presidencia de acuerdo con el artículo 70 de la Constitución, lo substituye el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; Benito Juárez García.

Es en este momento en donde nos encontramos con dos gobiernos diferentes, lo que da inicio a la Guerra de Reforma; en la capital se encuentra el gobierno conservador apoyado por los grupos privilegiados, principalmente por la iglesia, el gobierno liberal era legítimo de acuerdo con la constitución, presidido por Juárez y apoyado por una coalición.

Una vez que se expiden las leyes de reforma los triunfos liberales se dan continuamente, para diciembre de 1860 tiene lugar la batalla de Calpulalpan que da el triunfo a los liberales en la guerra de reforma. El general liberal González Ortega derrota a Miramón, Juárez vuelve a la capital del país el 11 de enero de 1861 como Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos.

La hacienda pública se encontraba en bancarrota y existía la necesidad de expedir una ley en 1861 para suspender el pago de la deuda externa por dos años, con lo cual Inglaterra, España y Francia deciden cobrarse por sí mismos, por lo cual en noviembre del mismo año se da otra ley que deroga la anterior, pero aún así no puede evitarse que desembarquen en nuestras costas.

El general Prim entra en pláticas con Manuel Doblado en la hacienda de la Soledad, se pone de manifiesto las buenas intenciones del gobierno mexicano, debido a lo cual Inglaterra y

España deciden retirarse, no así Francia que era gobernada por Napoleón III el cual tenía el propósito de expandir su poderío en América.

A la llegada de Maximiliano los conservadores creían que iba a intentar contra las ideas de tipo liberal, pero no es así ya que éste se identifica con las ideas de este tipo. Puebla es recuperada el 2 de abril de 1857 por las fuerzas republicanas al mando del general Porfirio Díaz.

Una vez reestablecida la normalidad en 1867 se convocan elecciones, Juárez es electo como Presidente Constitucional, sin embargo Díaz temiendo la reelección de Juárez y enarbolando la bandera de la no reelección lanza el "Plan de la Noria", pero éste no prospera militarmente, paradójicamente veremos a Porfirio Díaz como el hombre más reelecto de la historia de México.

El 15 de julio de 1867 Juárez entra triunfante a la capital y expone un manifiesto donde se da su famoso principio "Entre los Estados como entre los individuos, el respeto al derecho ajeno es la paz". El 14 de agosto de 1867 Juárez y su secretario de la Suprema Corte de Justicia; Sebastián Lerdo de Tejada proponen una serie de reformas a la Constitución como por ejemplo: restablecer el senado; derecho de veto del Presidente de la República a las resoluciones del poder legislativo.

Estas reformas constitucionales no se pensaban hacer por los mismos medios que preveía la Constitución, sino que se pretendió que fuera el pueblo el que al momento de votar emitiera su opinión a cerca de esto. El congreso ante la propuesta del plebiscito del pueblo decidió que debía de seguirse el procedimiento de la constitución, surgieron una serie de opiniones al respecto y finalmente la Constitución no pudo reformarse por el procedimiento propuesto.

Juárez sube al poder por primera vez en sustitución de Comonfort en 1858 a 1862; en 1867 termina la guerra de reforma,

se convoca a elecciones y Juárez resulta electo en virtud de su triunfo sobre los conservadores; en 1865 en medio de la invasión extranjera juzga conveniente no convocar a elecciones.

Juárez ejerce el poder de 1867 a 1871, nuevamente se convoca a elecciones y vuelve a triunfar, Díaz se opone a esta elección, no obstante lo cual Juárez es electo para el período 1871-1875, pero en virtud de su muerte en 1872 por ministerio de ley lo sustituye Sebastián Lerdo de Tejada.

En 1876 Porfirio Díaz se levanta con el "Plan de Tuxtepec" con el pretexto de la no reelección de Lerdo de Tejada. Así Porfirio Díaz ocupa por primera vez la presidencia, su primer período de 1876 a 1880 plasma el principio de la no reelección, pero no de manera definitiva ya que permite el regreso después de cuatro años, así que después de este período deja el poder a su compadre Manuel González y se reforma la Constitución para permitir una entrada definitiva de Díaz al poder, se van haciendo una serie de reformas hasta que la reelección es permitida o establecida, y no es hasta 1910 en que la revolución maderista ejerciera una presión contra el régimen porfirista.

Este régimen dictatorial se produce en el período de su decadencia los movimientos más fuertes a saber, para que la constitución de 1917 que es la que actualmente tiene vigencia en nuestro país se convierta en una Constitución de vanguardia, en la primera Constitución con fines sociales del mundo, respondiendo así a la necesidad de regular las jornadas obreras y su justa retribución, de respetar los derechos políticos de los ciudadanos, de impulsar la vida democrática del país.

Responde entre otros puntos a los siguientes: La supresión de la reelección; artículo 83. Tener la libertad de imprenta; artículo 7°. Educación pública y laica; artículo 3°. Capital y trabajo, jornadas máximas de ocho horas, salario mínimo y en general mejoras a las condiciones de trabajo; artículo 123. Propiedad

originaria y derivada; artículo 27. Impuestos de manera proporcional y equitativa; artículo 31 fracción IV.

Así podemos valorar a nuestra Constitución, no solo como novedosa en su época de creación, sino además una constitución positiva, óptica, otorgada, rígida. Una ley Suprema que responde a las necesidades de su pueblo, que es aceptada por este en virtud de tal razón, y de que el pueblo a través de sus representantes la ha creado, constituyéndose en un régimen democrático y representativo, y que para su salvaguarda establece un procedimiento especial para su reformabilidad o en su caso para ser adicionada.

La Constitución mexicana es pues el resultado de la participación de una sociedad plural y amplia: de académicos y líderes sociales; organizaciones sindicales y gremiales; de estudiantes y profesionales; de trabajadores del campo y de la ciudad; hombres y mujeres; grupos emergentes que desean contribuir con sus propuestas en la adecuación del marco jurídico fundamental, que le dé continuidad a cada una de las tres principales Constituciones mexicanas que han estado en vigor; las de 1824, 1857 y 1917, sin quitar ni trastocar los capítulos fundamentales que siguen siendo vigentes, como el de garantías individuales, conservar y ampliar las garantías sociales como el derecho al trabajo y la educación, el derecho a la vivienda, el reconocimiento a los grupos indígenas.

CAPITULO SEGUNDO.

**“ ARTÍCULO 16 PÁRRAFO II, 19 PÁRRAFO I DE LA
CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA.”**

**II.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 16
CONSTITUCIONAL.**

**II.2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 19
CONSTITUCIONAL.**

**II.3. ONTICIDAD E INFLUENCIAS EXTERNAS EN LOS
ARTÍCULOS 16 Y 19 CONSTITUCIONALES.**

CAPITULO SEGUNDO.

"ARTICULO 16 PÁRRAFO II, ARTICULO 19 PÁRRAFO I DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPUBLICA."

Dentro de la evolución histórica que ha tenido la Carta Magna del Estado Mexicano, no escapa de ninguna manera los procedimientos a seguir en el orden criminal, así los encargados de la procuración y aplicación de la justicia se han visto sujetos a preceptos fundamentales que reglamentan sus actuaciones y resoluciones.

Por esta razón y siendo la parte medular de este trabajo los artículos 16 Constitucional en su párrafo segundo, y el artículo 19 Constitucional en su párrafo primero merecen análisis aparte a fin de adentrarnos en el cuestionamiento y desde luego respuesta al ¿por qué, se aplican conceptos diversos para las mismas resoluciones en diferentes etapas del procedimiento penal?

II.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.

El artículo 16 en su párrafo segundo establece:

"No podrá librarse orden de aprehensión sino por autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hechos que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acreditan el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad del indiciado."

El artículo 16 de la Constitución de 1917 es uno de los preceptos de más rico contenido entre los que consignan derechos públicos individuales. Su importancia teórica y práctica corre aparejada con el artículo 14, igual que éste, encuentra lugar

en el grupo de derechos que la constitución denomina "garantías individuales", comprendidas en el capítulo i de su título primero. Su tutela alcanza la mayor parte de los derechos públicos individuales que la Constitución otorga, de modo que la violación a las autoridades a cualquiera de estos derechos implica también la de alguno de los concedidos en el artículo 16.

El respeto a esta norma realiza la garantía de competencia y el derecho a la legalidad, conforme al cual las autoridades tiene prohibido hacer todo aquello para lo cual no están expresamente facultadas. El acto de autoridad debe fundarse en derecho, esto es, mencionar cabal y precisamente los preceptos legales relativos. Para motivar el acto de autoridad debe invocar los hechos y circunstancias cuya existencia haga aplicable las normas mencionadas.

Solo la autoridad judicial puede, por regla general, librar ordenes de aprehensión o detención y para ello es necesario que exista denuncia, acusación o querrela en contra del presunto responsable de la comisión de un acto delictivo que la ley castigue con pena corporal.

En casos excepcionales, como son el flagrante delito o la ausencia de la autoridad judicial, las detenciones pueden ser hechas por la autoridad administrativa o incluso por los particulares a condición de que aquéllas o éstos den conocimiento o intervención inmediata a la autoridad judicial.

En el artículo 16 de la Constitución de 1917 se fusionaron los artículos que tuvieron el mismo número en la Constitución de 1857 y en el proyecto de Constitución de Venustiano Carranza. Del primero tomó las disposiciones relativas a la garantía de competencia, derecho a la legalidad y detención por delitos flagrantes; y del segundo extrajo las disposiciones que protegen a los acusados contra detenciones arbitrarias, así como las reglas para la orden.

Sin embargo estos no son los únicos antecedentes, sino los más inmediatos, por ello a continuación haremos un recuento de los antecedentes más importantes del párrafo segundo del artículo 16, que de igual forma no han ocupado el mismo orden en todo momento.

—Primer antecedente: artículos 287 y 292 de la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812:

* Artículo 287. Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión.*

* Artículo 292. In fraganti todo delincuente puede ser arrestado y todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del juez.*

— Segundo antecedente: Artículos 28 y 166 del Decreto para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apaztzingán el 22 de octubre de 1814:

* Artículo 28. Son tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades de la ley.*

* Artículo 166. No podrá el supremo gobierno: Arrestar a ningún ciudadano en ningún caso más de cuarenta y ocho horas, dentro de cuyo término deberá remitir el detenido al tribunal competente con el que se hubiera actuado.*

—Tercer antecedente: Artículos 11, 72 y 73 del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano suscrito en la ciudad de México el 18 de diciembre de 1822:

* Artículo 11. La libertad personal es igualmente respetada. Nadie puede ser preso ni arrestado, sino conforme lo establecido por la ley anterior, o en los casos señalados en este reglamento.*

* Artículo 72. Ningún mexicano podrá ser preso por queja de otro, sino cuando el delito merezca pena corporal y conste en el mismo acto, o el quejoso se obligue a probarlo dentro de seis días, y en

su defecto a satisfacer al arrestado los atrasos y perjuicios que se le sigan de aquella providencia.”

“ artículo 73. En caso de denuncia, que el que la diere no se ofrezca a probar, el juez pesando atentamente las circunstancias de aquel y del denunciado, la gravedad y trascendencia del delito, y el fundamento de la denuncia, formará proceso instructivo. Si de este resulta semiplena prueba o vehemente sospecha, procederá al arresto; así como obrando de oficio teme fundadamente que se fugue el presunto reo antes de averiguar el hecho. In fraganti todo delincuente puede ser preso y todos pueden arrestarse conduciéndole a la presencia del juez.”

—Cuarto antecedente: Artículos 112 fracción II; 150 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada por el Congreso General Constituyente el 4 de octubre de 1824:

“ Artículo 112. Las restricciones de las facultades del Presidente de la República son las siguientes: II. No podrá el Presidente privar a ninguno de su libertad, ni imponerle pena alguna; pero cuando lo exija el bien y seguridad de la Federación, podrá arrestar, debiendo poner a las personas arrestadas, en el término de cuarenta y ocho horas, a disposición del tribunal o juez competente.”

“ Artículo 150. Nadie podrá ser detenido sin que haya semiplena prueba, o indicio de que es delincuente.”

—Quinto antecedente: Artículos 2º, fracciones I y II, de la Primera; 18 fracción II, de la Cuarta; 41, 43 fracciones I y II, y 44, de la Quinta de las Leyes Constitucionales de la República Mexicana, suscritas en la ciudad de México el 18 de diciembre de 1836:

“ Artículo 2º. Son derechos del mexicano: I. No poder ser preso sino por mandamiento de juez competente dado por escrito y firmado, ni aprehendido sino por disposición de las autoridades a quienes corresponda según la ley. Exceptuándose en caso de delito in fraganti, en el que cualquiera puede ser aprehendido, y cualquiera puede aprehenderlo, presentándole desde luego a su juez o a otra autoridad pública. II. No poder ser detenido por más

de tres días por autoridad ninguna política, sin ser entregado al fin de ellos, con los datos para su detención, a la autoridad judicial, ni por ésta más de diez días sin proveer auto motivado de prisión. Ambas autoridades serán responsables del abuso que hagan de los referidos términos.”

“ Artículo 18. No puede el Presidente de la República: II. Privar a nadie de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna; pero, cuando la exija el bien o la seguridad pública, podrá arrestar a los que fueren sospechosos, debiendo ponerlos a disposición del tribunal o juez competente en tres días a más tardar.”

“ Artículo 41. El mandamiento escrito y firmado del juez, que debe preceder a la prisión, según el párrafo I, artículo 2º de la primera ley constitucional, se hará saber en el acto al interesado; éste y todos deberán obedecer, cumplir y auxiliar estos mandamientos, y cualquier resistencia o arbitrio, para embarazarlos o eludirlos, son delitos graves, que deberán castigarse según las circunstancias.”

“ Artículo 43. Para proceder a la prisión se requiere: I. Que proceda información sumaria, de que resulte haber sucedido un hecho que merezca, según las leyes, ser castigado con pena corporal. II. Que resulte también algún motivo o indicio suficiente para creer que tal persona ha cometido el hecho criminal.”

“ Artículo 44. Para proceder a la simple detención basta alguna presunción legal o sospecha fundada, que incline al juez contra otra persona y por delito determinado.”

—Sexto antecedente: artículo 9º fracciones I, II y III, del Proyecto de Reformas a las Leyes Constitucionales de 1836, fechado el 30 de junio de 1840:

“ Son derechos del mexicano: I. Que nadie lo pueda aprehender ni detenerlo sino por disposición de las autoridades facultadas expresamente por la ley, y en virtud de indicios a lo menos, por los cuales se presume, que ha cometido, o intentaba cometer algún delito. Solo en el caso de que las circunstancias no den tiempo para ocurrir a las autoridades, cualquiera individuo podrá aprehender al delincuente, con tal que acto continuo presente a cualquiera de ellas, expresando los motivos, que lo hayan obligado al procedimiento. II. Que no pueda ser llevado a la cárcel o a otro

lugar de prisión, ni mantenerse en ella fuera de los términos que se expresarán adelante, sin que se expida al efecto mandamiento por escrito, firmado de la autoridad respectiva o se provea auto formal motivado y se dé copia tanto de uno como del otro al interesado, como al alcalde o custodio de la prisión. Estos no recibirán en ella ningún reo sin ese requisito. III. Que no pueda ser detenido más de tres días por ninguna autoridad política, sin ser entregado al fin de ellos con los datos que hayan dado margen al procedimiento, a la autoridad judicial, ni por ésta más de ocho días, sin proveer auto motivado de prisión.*

--Séptimo antecedente: Artículo 7º fracciones VI, VII, y IX del Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 25 de agosto de 1842:

* La Constitución declara a todos los habitantes de la República el goce perpetuo de los derechos naturales de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, contenidos en las disposiciones siguientes: VI. Ninguno puede ser aprehendido, detenido, ni preso, sino por previo mandato o auto escrito de juez competente de su propio fuero; ni juzgado o sentenciado por otro; ni custodiado fuera de la residencia del que debe juzgarlo; ni preso en otro edificio que el que le señale el juez, conservándose en aquél su absoluta disposición. VII Ninguno será aprehendido, sino cuando contra él obren indicios por los cuales se presume ser el reo de un delito que se ha cometido; no será detenido más de tres días, a menos de que subsistan las presunciones que dieron causa a su detención; ni más de ocho, sin que se provea el auto motivado de su prisión. IX. Las autoridades políticas pueden mandar a aprehender a los sospechosos y detenerlos por veinticuatro horas; más al fin de ellas debe ponerlos a disposición de su propio juez con los datos para su detención. En cuanto a la imposición de las penas no pueden decretar otras que las pecuniarias o de reclusión, que en su caso establezcan las leyes.*

--Octavo antecedente: artículo 5° fracciones VI y VII del Voto Particular de la Minoría de la Comisión Constituyente de 1842, fechado en la ciudad de México el 26 de agosto del mismo año:

* La Constitución otorga a los derechos del hombre, las siguientes garantías:

Seguridad. VI. Toda aprehensión debe verificarse por los funcionarios a quienes la ley cometa esta facultad, en virtud de indicios de que se ha cometido determinado delito de que sea responsable el aprehendido, y previa orden escrita de la autoridad judicial de su propio fuero o de la política respectiva. Exceptúase el caso de delito in fraganti, en que cualquiera puede ser aprehendido y cualquiera aprehenderlo, presentándolo inmediatamente a su propio juez o a otra autoridad pública. VII. El aprehendido no podrá ser detenido más de ocho días por la autoridad judicial sin proveer el auto de prisión, ni más de veinticuatro horas por la política, la cual lo entregara al final de ellas a su juez con los datos que tuviere.*

--Noveno antecedente: artículo 13 fracción XII, del Segundo Proyecto de la Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 2 de noviembre de 1842:

* La Constitución reconoce en todos los hombres los derechos naturales de libertad, seguridad, igualdad y propiedad, otorgándoles en consecuencia, las siguientes garantías: Seguridad. XII. Ninguno será aprehendido, sino por los agentes y las personas que la ley establezca y en virtud de orden escrito del juez de su propio fuero, o de la autoridad política respectiva y cuando contra él obren indicios por los cuales se presume ser reo de un determinado delito que se ha cometido, y no podrá ser detenido más de ocho días por la autoridad judicial, sin proveer el auto de prisión, ni más de veinticuatro horas por la política, la cual lo entregara dentro de ellas a su juez con los datos que tuviere.*

--Décimo antecedente: Artículo 9° fracciones VI, VII de las Bases Orgánicas de la República Mexicana, acordadas por la honorable junta legislativa establecida conforme a los decretos de 19 y 23 de diciembre de 1842, sancionadas por el Supremo Congreso

Provisional con arreglo a los mismos decretos del día 12 de junio de 1843 y publicados por bando nacional el día 14 del mismo:

* *Derechos de los habitantes de la República: VI. Ninguno será detenido sino por mandamiento de autoridad competente, dado por escrito y firmado, y sólo cuando obren sobre él indicios suficientes para presumirlo autor del delito que se persigue. Si los indicios se corroboraren legalmente, de modo que presten mérito para creer que el detenido cometió el hecho criminal, podrá decretarse la prisión. VII. Ninguno será detenido por más de tres días por la autoridad política sin ser entregado con los datos correspondientes al juez de su fuero, ni éste lo tendrá en su poder más de cinco sin declararlo bien preso. Si el mismo juez hubiera verificado la aprehensión, o hubiere recibido al reo antes de cumplirse tres días de su detención, dentro de este término se dará el auto de bien preso, de modo que no resulte detenido más de ocho. El simple lapso de estos términos hace arbitraria la detención, y responsable a la autoridad que la cometa y a la superior que deje sin castigo al detenido.**

—Undécimo antecedente: Artículos 40 al 43 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, dado en el Palacio Nacional de México el 15 de mayo de 1856:

* *Artículo 40. Ninguno será aprehendido sino por los agentes que la ley establezca, o por las personas comisionadas al efecto, y en virtud de orden escrita del juez de su propio fuero o de la autoridad política respectiva, y cuando contra él obren indicios por los cuales se presuma ser reo de determinado delito que se haya cometido.**

* *Artículo 41. El delincuente in fraganti, el reo que se fuga de la cárcel o del lugar en que se ha cometido el delito, y el reo ausente que sea llamado por pregones públicos, pueden ser aprehendidos por cualquier particular, quien en el acto los presentará a la autoridad política.**

* *Artículo 42. La autoridad judicial puede dictar ordenes para la aprehensión de reos de otro fuero, siempre que parezcan como cómplices de algún delito de su conocimiento, poniendo al detenido, dentro de cuarenta y ocho horas, a disposición del juez competente.**

* Artículo 43. La autoridad judicial podrá poner a los detenidos a disposición del juez de la causa dentro de sesenta horas. Pasadas éstas, el juez podrá reclamar la entrega del detenido y de los datos que obren contra él; y sino lo recibe dentro de veinticuatro horas después de pedidos, dará la orden de la libertad de aquél; la cual será obedecida por el encargado de la custodia del supuesto reo, sin oponer pretexto alguno, ano ser que antes haya recibido orden de dejar al reo a disposición de algún juez.*

--Duodécimo antecedente: Artículos 5° y 27 del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado el 16 de junio de 1856:

* Artículo 5°. En el caso de delito in fraganti toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.*

* Artículo 27. A todo procedimiento del orden criminal debe preceder querrela o acusación de la parte ofendida, a instancia del ministerio público que sostenga los derechos de la sociedad.*

--Decimotercer antecedente: Artículo 16 de la Constitución Política de la República Mexicana, sancionada por el Congreso General Constituyente el 5 de febrero de 1857:

* Artículo 16. En al caso de delito in fraganti toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.*

--Decimocuarto antecedente: Artículos 60 y 61 del Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, dado en el Palacio de Chapultepec el 10 de abril de 1865:

* Artículo 60. Ninguno será detenido sino por mandato de autoridad competente, dado por escrito y firmado, y sólo cuando obren contra él indicios suficientes para presumirle autor de un delito. Se exceptúa el caso de delito in fraganti, en que cualquiera puede aprehender al reo para conducirlo a la presencia judicial o de la autoridad competente.*

* Artículo 61. Si la autoridad administrativa hiciese la aprehensión, deberá poner dentro del tercer día al presunto reo a disposición de

la que deba juzgarle, acompañando los datos correspondientes; y si el juez encontrare mérito para declararlo bien preso, lo hará a más tardar dentro de cinco días; siendo caso de responsabilidad, la detención que pase de estos términos."

—Decimoquinto antecedente: Mensaje y Proyecto de la Constitución de Venustiano Carranza, fechado en la ciudad de Querétaro el 1° de diciembre de 1916:

" Artículo 16 del Proyecto. No podrán librarse ordenes de arresto contra una persona, sino por la autoridad judicial y siempre que se haya presentado acusación en su contra por un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal o alternativa de pecuniaria y corporal, y que esté, además, apoyada por declaración bajo protesta de persona digna de fe, o por otros datos que hagan probable su responsabilidad, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes podrá la autoridad administrativa decretar, bajo su más estrecha responsabilidad, la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente, a disposición de la autoridad judicial."

—Artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917: " Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue en pena corporal, y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue en pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración, bajo protesta de persona digna de fe, o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a

disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial..."

— Artículo 16 de la Constitución General de la República reformado el 3 de septiembre de 1993:

" Artículo 16. Párrafo Segundo: 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."

Es en este momento cuando por primera vez se utiliza el concepto elementos del tipo; concepto perteneciente a la teoría finalista y del cual más adelante hablaremos, sin embargo en este momento cabe señalar lo que significa.

"El concepto "elementos del tipo" lo define Zaffaroni, como un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene como función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por penalmente prohibidas)".¹

Los elementos del tipo se clasifican en elementos objetivos, elementos normativos y elementos subjetivos. Los elementos objetivos, son los llamados también externos o materiales, porque son manifestaciones o actividades que se pueden apreciar a través de los sentidos.

¹ ROMERO TEQUEXTLE, Gregorio, "CUERPO DEL DELITO O ELEMENTOS DEL TIPO", OGS Editores S.A. de C.V., México 1999. P.72

Los elementos normativos son los que establece el legislador para manifestar una determinada conducta, en la que no se requiere describir la acción sino la realización de un juicio de valor sobre el hecho. Estos elementos normativos tienen una especial alusión a la antijuricidad de la conducta.

Los elementos subjetivos son aquellos en que el tipo requiere que se acredite en ánimo de la persona al realizar la acción, el fin que se persigue, por eso la doctrina finalista coloca en estos elementos subjetivos el dolo y la culpa, sin embargo además de estos pueden también señalarse las intenciones, los propósitos del sujeto activo del delito al manifestar su conducta.

— Artículo 16 de la Constitución General de la República reformado el 8 de marzo de 1999.

* Artículo 16 Párrafo Segundo: 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 con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.*

En esta reforma encontramos nuevamente; como ya la encontramos en los antecedentes, el concepto de cuerpo del delito, ya no hay aquí un requisito finalista, sino causalista, cuando menos en la Constitución, aunque las leyes secundarias demuestren otra cosa.

El cuerpo del delito ha sido un concepto sumamente polémico en la doctrina mexicana, pues a pesar de que la Suprema Corte de Justicia de la nación desde 1961 emitió jurisprudencia estableciendo el concepto de "cuerpo del delito", ello no satisfizo ni a la doctrina ni a los Tribunales Colegiados, los que en algunos casos siguieron considerando al cuerpo del delito como el conjunto de elementos constitutivos del tipo penal, por ello por muchos años persistió la duda, o son solo los elementos externos u objetivos del tipo como lo definió la Corte, o son todos

los elementos, en los que además de considerar a los elementos objetivos, deben también considerarse los elementos subjetivos y normativos, cuando estos formen parte de la figura delictiva.

Algunos autores como don Mariano Jiménez Huerta después de importantes estudios llegaron a la conclusión de que "el cuerpo del delito comprende los elementos con que se describe el delito"²

Desde luego la parte que para efectos de este trabajo lo más importante se circunscribe a la reforma hecha en la corriente doctrinaria a seguir, es decir el paso de la corriente Causalista a la Finalista.

El artículo 16 señala que la autoridad judicial para dictar ordenes de aprehensión debe satisfacer los extremos siguientes: 1.- Que exista una denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal; 2.- Que la denuncia, acusación o querrela, estén apoyadas por declaración bajo protesta de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpaado.

Posteriormente siendo reformado este precepto constitucional establece los siguientes supuestos para la autoridad jurisdiccional para obsequiar una orden de aprehensión: 1.- Que exista denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito; 2.- Que dicho delito este sancionado cuando menos con pena privativa de libertad; y 3.- Que existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado. Con la reforma del 8 de marzo 1988 se cambio el concepto elementos del tipo por el de cuerpo del delito.

² ROMERO TEQUEXTLE, Gregorio, " CUERPO DEL DELITO O ELEMENTOS DEL TIPO", OGS Editores S.A. de C.V., México 1999. P 71

Es obvio que el cambio es importante porque se aclara que la orden de aprehensión sólo podrá ser girada contra quien haya cometido un delito; en el primero de los casos, en el segundo habla con más claridad que el delito sea sancionado cuando menos con pena privativa de libertad.

Sin embargo lo que es importante para efectos de este trabajo, es que con la reforma de 1993, ya no es suficiente acusación, denuncia o querrela y que esté apoyada por persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado; sino que además exige que el juez analice y valore que la averiguación previa que consigna el Ministerio Público estén acreditados los elementos que integran el tipo penal.

Como hemos dicho en la escuela Finalista se basa la mayor importancia en el análisis de los elementos del tipo penal; situación que vemos plasmada en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, que a la letra dice: " El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

- I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro al 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 lo requiere: a) Las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) El resultado y su atribubilidad 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.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada a favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.³

Desde mi muy particular punto de vista, la exigencia de mayor número de requisitos establece mayor seguridad para quien es acusado de un delito, obliga al órgano persecutor de los delitos a integrar una averiguación previa más exhaustiva, dando desde luego elementos de mayor convicción para el juzgador, quien obsequia la orden de aprehensión.

II.2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL.

El artículo 19 de la Constitución de 1917 concede varios derechos de libertad y seguridad, que la persona puede hacer valer frente al Estado cuando éste averigua o castiga la comisión de un delito, ya sea con apego a las leyes de defensa social o al margen de ellas.

Este artículo consagra parte de las llamadas garantías del inculpado y del sentenciado. El precepto señala como duración máxima de toda detención un término de tres días, transcurrido el cual el detenido debe ser puesto en libertad, mediante lo que se conoce como auto de soltura o auto de libertad por falta de

³ "CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES", Ediciones ISEF, S.A., México 1999.

elementos para procesar, amenos que se dicte auto de formal prisión, es decir, mandamiento de la autoridad judicial que justifique la detención y que reúna los elementos suficientes ya sea para comprobar el cuerpo del delito o elementos del tipo penal; según el concepto vigente en la ley, y hacer probable la responsabilidad del acusado.

La fijación del término máximo de la detención y del auto de formal prisión para prorrogarla es una formalidad jurídica ideada por el constituyente a fin de conciliar el respeto a la libertad individual y el interés de la sociedad para que las autoridades dispongan materialmente del presunto delincuente y se facilite la averiguación del delito cuya comisión se le imputa.

El texto original del artículo 19 de la Constitución de 1917 ha sufrido modificaciones y es sustancialmente igual a los artículos del mismo número de la Constitución de 1857 y el Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, que le sirvieron de modelo.

—Primer antecedente: Los artículos 293, y 303 de la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812;

* Artículo 293. Si se resolviere que el arrestado se le ponga en la cárcel, o que permanezca en ella en calidad de preso, se proveerá auto motivado, y de él se entregará copia al alcaide, para que la inserte en el libro de presos, sin cuyo requisito no admitirá el alcaide a preso alguno en calidad de tal, bajo la más estrecha responsabilidad.*

* Artículo 303. No se usará nunca del tormento ni de los apremios.*

—Segundo antecedente: El artículo 22 del Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814; "Debe reprimir la ley todo rigor que no se contraiga precisamente a asegurar las personas de los acusados.*

—Tercer antecedente: Artículo 149 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionado por el Congreso General Constituyente el 4 de octubre de 1824; "Ninguna autoridad aplicará clase alguna de tormentos, sea cual fuere la naturaleza y estado del proceso."

—Cuarto antecedente: Artículo 2° fracción II, de la primera; 18 fracción II, de la cuarta; y 49 de la quinta, de las Leyes Constitucionales de la República Mexicana, suscritas en la ciudad de México el 29 de diciembre de 1836;

* Artículo 2° Son derechos de los mexicanos: II. No poder ser detenido por más de tres días por autoridad ninguna política, sin ser entregado al fin de ellos, con los datos para su detención, a la autoridad judicial, ni por éstas más de diez días, sin proveer el auto motivado de prisión. Ambas autoridades serán responsables del abuso que hagan de los referidos términos."

* Artículo 18. No puede el Presidente de la República: II. Privar a nadie de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna; pero, cuando lo exijan el bien o la seguridad pública, podrá arrestar a los que le fueren sospechosos, debiendo ponerlos a disposición del tribunal o juez competente a los tres días a más tardar."

* Artículo 49. Jamás podrá usarse del tormento para la averiguación de ningún género de delito."

—Quinto antecedente: Artículo 9° fracciones III, IV y VI, del Proyecto de Reformas a las Leyes Constitucionales de 1836, fechado en la ciudad de México el 30 de junio de 1840;

* III. Que no puede ser detenido más de tres días por ninguna autoridad política, sin ser entregado al fin de ellos con los datos que hayan dado margen al procedimiento, a la autoridad judicial, ni por esta más de ocho días, sin proveer auto motivado de prisión."

* IV. Que no puede ser declarado formalmente preso, sin que preceda información sumaria, de la que resulte a lo menos semi plena prueba, de haber cometido algún delito."

* VI. Que no se puede usar el tormento para la averiguación de los delitos, ni de apremio contra la persona del reo, ni exigir a estos juramento propio en causa criminal."

--Sexto antecedente: Artículo 7° fracciones VII, X, y XI, del Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 25 de agosto de 1842:

" La Constitución declara a todos los habitantes de la República el goce perpetuo de los derechos naturales de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, contenidos en las disposiciones siguientes: VII. Ninguno será aprehendido, sino cuando contra él obren indicios por los cuales se presume ser el reo de un delito que se ha cometido; no será detenido más de tres días, a menos que subsistan las presunciones que dieron causa a su detención; ni más de ocho, sin que se provea el auto motivado de su prisión; X. La detención y la prisión son arbitrarias desde el momento en que ha transcurrido el tiempo señalado para una u otra, sin darse el auto respectivo. Son responsables de aquel delito las autoridades que lo cometan y las que lo dejen sin castigo; XI. Nunca podrá usar el tormento para el castigo de los delitos, ni de alguna otra especie de apremio para su averiguación. Ninguno podrá ser declarado confeso de un delito, sino cuando él lo confesare libre y paladinamente, en la forma legal."

—Séptimo antecedente: Artículo 5° fracciones VII, VIII y XI, del voto particular de la minoría de la comisión constituyente de 1842, fechado en la ciudad de México el 26 de agosto del mismo año: La Constitución otorga a los derechos del hombre, las siguientes garantías:

* Seguridad. VII. El aprehendido no podrá ser detenido más de ocho días por la autoridad judicial sin proveer el auto de prisión, ni más de veinticuatro horas por la política, la cual lo entregará al fin de ellas a su juez con los datos que tuviere. VIII. El detenido no puede ser declarado bien preso sino por un auto motivado, del que se dará copia al reo y a su custodio, y después de practicada una información sumaria, en la que se haya oído al primero y se le haya instruido de la causa de su prisión y del nombre de su acusador si lo hay, y de la que resulte que se cometió un delito determinado y que hay al menos una semi plena prueba para creer que el acusado lo cometió. La comisión es arbitraria cuando

excede los términos prescritos en la Constitución, y hace responsable al juez y al custodio. XI. Ni a los detenidos, ni a los presos, puede sujetarse a tratamiento alguno que importe una pena. La ley especificará los trabajos útiles a que los jueces pueden sujetar a los formalmente presos para su ocupación, y los medios estrictamente necesarios para la seguridad y disciplina de las prisiones.*

—Octavo antecedente: Artículo 13 fracciones XII y XV del segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 2 de noviembre de 1842; La Constitución reconoce en todos los hombres los derechos naturales de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, otorgándoles en consecuencia, las siguientes garantías:

* Seguridad XII. Ninguno será aprehendido, sino por los agentes o personas que la ley establezca y en virtud de orden escrita del juez de su propio fuero, o de la autoridad política respectiva y cuando contra él obren indicios por los cuales se presume ser reo de un determinado delito que se ha cometido, y no podrá ser detenido más de ocho días por la autoridad judicial, sin proveer el auto de prisión, ni más de veinticuatro horas por la política, la cual lo entregara dentro de ellas a su juez con los datos que tuviere. XV. Nadie puede ser declarado bien preso, sino por auto motivado, del que se dará copia al reo y a su custodio, y después de practicada una información sumaria en la que se haya oído al primero y se le haya instruido de la causa de su prisión y del nombre de su acusador, si lo hay, y de la que resulte que se cometió un delito determinado, y que haya al menos semi plena prueba para creer que lo cometió.*

—Noveno antecedente: Artículo 9º fracciones VII y X de las Bases Orgánicas de la República Mexicana, acordadas por la honorable junta legislativa establecida conforme a los decretos de 19 y 23 de diciembre de 1842, sancionadas por el Supremo Gobierno Provisional con arreglo a los mismos decretos del 12 de junio de 1843 y publicadas por bando nacional el 14 del mismo mes y año;

* Derechos de los habitantes de la República: VII Ninguno será detenido más de tres días por la autoridad política sin ser entregado con los datos correspondientes al juez de su fuero, ni éste lo tendrá en su poder más de cinco sin declararlo bien preso. Si el mismo juez hubiere verificado la aprehensión, o hubiere recibido al reo antes de cumplirse tres días de su detención, dentro de aquel término se dará el auto de bien preso, de modo que no resulte detenido más de ocho. El simple lapso de estos términos hace arbitraria la detención, y responsable a la autoridad que la cometa, y a la superior que deje sin castigo este delito. X. Ninguno podrá ser estrechado por clase alguna de apremio o coacción a la confesión del hecho por que se le juzga."

--Décimo antecedente: Artículos 44, 47, y 51 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, dado en el Palacio Nacional de México el 15 de mayo de 1856:

* Artículo 44. La autoridad judicial no podrá detener a ningún acusado por más de cinco días, sin dictar el auto motivado de prisión, del que se dará copia al reo y a su custodio, y para el cual se requiere: que esté averiguado el cuerpo del delito; que haya datos suficientes, según las leyes, para creer que el detenido es responsable, y que se le haya tomado declaración preparatoria, impuesto de la causa de prisión y de quién es su acusador, si lo hubiere."

* Artículo 47. El reo sometido a la autoridad judicial, que pasados los términos legales no hubiese sido declarado bien preso, podrá ocurrir al tribunal superior, y éste decidirá el recurso dentro de veinticuatro horas."

* Artículo 51. El término de la detención para los efectos que expresa el artículo 44 se comenzará a contar desde la hora en que el juez mismo haga la aprehensión del reo, o desde la en que lo reciba, si otra persona lo hiciere. El reo será declarado bien preso en la cárcel, del lugar de la residencia del juez competente que conozca de la causa. Declarado bien preso, podrá el juez, de oficio o a petición de la autoridad política, trasladarlo cuando la cárcel no sea segura, a la más inmediata que lo sea, quedando el preso sujeto en todo caso a las expresas ordenes del juez."

—Undécimo antecedente: Artículo 32 del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 16 de junio de 1856;

* Ninguna detención podrá exceder del término de tres días sin que se justifique con un auto motivado de prisión y los demás requisitos que establezca la ley. La infracción de cualquiera de ellos constituye responsable a la autoridad que la ordena o consiente, y a los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecuten. Todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda gabela o contribución en las cárceles, toda molestia que se infiera sin motivo legal es un abuso que deben corregir las leyes y castigar severamente las autoridades."

—Duodécimo antecedente: Artículo 19 de la Constitución Política de la República Mexicana, sancionado por el Congreso General Constituyente el 5 de febrero de 1857:

* Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto motivado de prisión y los demás requisitos que establezca la ley. El solo lapso de este término, constituye responsables a la autoridad que la ordena o consiente y a los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecuten. Todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, es un abuso que deben corregir las leyes y castigar severamente las autoridades."

—Décimotercer antecedente: Artículos 61 del Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, dado en el Palacio de Chapultepec, el 10 de abril de 1865:

* Artículo 61. Si la autoridad administrativa hiciere la aprehensión deberá poner dentro del tercer día al presunto reo a disposición de la que deba juzgarle, acompañando los datos correspondientes; y si el juez encontrase mérito para declararlo bien preso, lo hará a más tardar dentro de cinco días; siendo caso de responsabilidad, la detención que pase de estos términos. Pero si la detención se

hiciese por delitos contra el Estado, o que perturben el orden público, la autoridad administrativa podrá prolongar la detención hasta dar cuenta al comisario imperial o al ministro de gobernación, para que determine lo que convenga.”

—Decimocuarto antecedente: Mensaje y Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, fechados en la ciudad de Querétaro el 1 de diciembre de 1916:

“ Artículo 19 del Proyecto. Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresara 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 deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordena la detención o la consiente, y a los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecuten...”

—Artículo 19 de la Constitución General de la República de 1917:

“ Artículo 19 Párrafo Primero: Ninguna detención podrá exceder del término de tres días sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado...”

—Artículo 19 de la Constitución General de la República, reformado el 3 de septiembre de 1993:

“ Artículo 19 Párrafo Primero: Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifiquen con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos

del tipo penal que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste...”

Desde luego en las reformas anteriores el párrafo primero del artículo 10 era más extenso, ahora con la reforma hecha el 8 de marzo de 1999, quedó tal y como lo señalamos anteriormente, con los conceptos que son tema central de este trabajo “cuerpo del delito”.

* Artículo 10 Párrafo Primero: Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo 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 en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancia de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastante para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.*

Como podemos observar el artículo actual regresa al concepto tradicional de la doctrina causalista “cuerpo del delito”, señalando para que el juez pueda dictar el auto de formal prisión debe analizar los siguientes supuestos: 1) el delito que se impute; 2) los elementos que constituyen el delito; 3) lugar, tiempo y circunstancias de ejecución; 4) los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Antes de esta última reforma de 1999, para dictar el auto de formal prisión el juez debía tener presente: 1) el conjunto de actuaciones, tanto del Ministerio Público, como los que realice el juez dentro del plazo constitucional; 2) que haya datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste.

Cabe aclarar aquí que el concepto elementos del delito, no son lo mismo que los elementos del tipo; si seguimos a autores como Mezger y Castellanos por ejemplo, vemos que los elementos del delito son cuatro: conducta, tipicidad, antijuricidad y

culpabilidad, los elementos del tipo ya los hemos señalado al transcribir el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Pero el cambio más importante de la reforma se da en la acreditación de los elementos del tipo penal, o acreditar el cuerpo del delito, el primero lleva a la ley mexicana, al estudio y aplicación de la teoría finalista; que desde mi punto de vista concede mayor rigurosidad para considerar al indiciado formalmente preso, el segundo mantiene a la ley en el tradicionalismo causalista, que no es específico para la acreditación de la comisión de un delito, ya que cuerpo del delito puede considerarse a los elementos objetivos del tipo penal, pero para esclarecer esta idea más adelante especificaremos las diferencias entre el causalismo y el finalismo que obligatoriamente nos ayudaran a establecer, los conceptos esenciales de cada teoría.

II.3. ONTICIDAD E INFLUENCIAS EXTERNAS DE LOS ARTICULOS 16 Y 19 CONSTITUCIONALES.

Las influencias a las que nos referiremos en este apartado no son precisamente las de las teorías causalista y finalista; éstas las analizaremos en el capítulo cuarto. Aquí nos referiremos a las influencias materiales que dan paso a la formación de preceptos que buscan combatir a la delincuencia, así poder entender la ónticidad de estos preceptos, ya que existen requisitos para obsequiar una orden de aprehensión, dictar una auto de plazo constitucional que tuvieron que ser empleados para perfeccionar la comprobación de la probable responsabilidad a fin de evitar las injusticias cometidas por autoridades administrativas, y las violaciones a las garantías individuales.

Las ordenes de aprehensión son las que emanan de la autoridad judicial y se despachan cuando han sido satisfechos los requisitos legales.

Durante la época imperial la Constitución de 1857 y la vigencia de los códigos de procedimientos penales de 1884, 1880 y aún de los anteriores, por tradición histórica proveniente de las leyes españolas, los jueces, junto con los prefectos o subprefectos políticos, con los inspectores de cuartel, con los comisarios de policía, con el inspector general de policía, con el ministerio público, con los jueces de campo, ejercían funciones de policía judicial.

Eran ellos, por su superioridad jerárquica, quienes se avocaban a la incoación del procedimiento, quienes practicaban diligencias de policía para la comprobación del cuerpo del delito o elementos conformantes del hecho delictivo, para el aseguramiento de personas, efectos y huellas que éste hubiera dejado; el ministerio público era una magistratura paralela a la de la autoridad judicial, instituida para pedir, y sobre todo, para auxiliar a la administración de justicia, careciendo de la importancia de las facultades de que actualmente se encuentra rodeada.

Cuando el juez, en esa fase previa del procedimiento propiamente jurisdiccional, se veía en la necesidad de detener a una persona, sencillamente ordenaba su detención, en forma oral o por escrito; veremos posteriormente como ha evolucionado el procedimiento penal, que no en todo momento se ha tenido que comprobar la realización de un delito para castigar a quien se señala como culpable, ya que no había el requerimiento de circunstancias específicas ni elementos determinados para ello.

Ante ello el constituyente mexicano reaccionó de dos maneras; una por los abusos que los jueces cometían (que en su momento también cometían los policías judiciales o los ministerios públicos) en el dictado y en el cumplimiento de las ordenes de aprehensión; previenen primero que han de emanar de autoridad judicial, previa denuncia, acusación o querrela, de hecho punible con pena corporal y a condición de que hubiera datos que hicieran

probable la responsabilidad del acusado; esta condición sujetaba a la autoridad judicial a examinar con más detenimiento que la acusación que se hiciera de la comisión de un delito fuera comprobable o, en el caso de la orden de aprehensión presumible.

Los requisitos de procedibilidad consisten en los impedimentos que la ley establece para no iniciar la averiguación previa y el ejercicio de la acción penal en tanto ese impedimento no quede superado; la presentación de una denuncia, querrela o acusación, pero la comprobación de los elementos del delito (cuerpo del delito, elementos del tipo penal), no se hacen necesarios para obsequiar la orden de aprehensión, porque entonces estaría comprobado el delito mismo y no habría necesidad de una etapa probatoria.

Sin embargo no siempre ha sido igual, por eso mismo se habla de la evolución lenta y gradual que el concepto de delito ha tenido en diversas épocas de la historia hasta llegar a la Revolución Francesa de la que salieron los postulados de "nulla poena sine lege et nulla poena sine iudicio".⁶ Que recogidos en primer lugar por el Code des Délits de Peines y que pasa posteriormente a otras legislaciones hasta llegar a nuestras constituciones, pero enunciados y conocidos como el principio de la exacta aplicación de la ley.

Consecuentemente, si por delito se ha de entender toda transgresión a la ley penal, los actos, por inmorales o perversos que sean, en tanto no estén sancionados por una ley de esta materia, no podrán ser considerados como delictuosos. Pero el precepto constitucional requiere además, que el acto punible este sancionado con pena corporal.

⁶ PEREZ DE PALMA, Rafael, "FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL", Cárdenas Editores y Distribuidores, México 1984, p174.

La sola acusación del ministerio público, sólo podrá servir de base para abrir una averiguación criminal, más de modo alguno para mandar aprehender un acusado, si la acusación no está sostenida por datos que prueben la existencia del delito, los elementos que lo constituyen y demuestran la presunta responsabilidad del acusado. Es decir, entre los requisitos que no son necesarios en el libramiento de una orden de aprehensión hay dos cuya importancia no puede dejarse de señalar: uno se refiere que no es necesaria la previa comprobación del cuerpo del delito o, en su caso de los elementos del tipo penal para que la orden de aprehensión pueda ser despachada por la autoridad judicial, y otro, el de que tampoco es necesario oír previamente al presunto responsable.

En el caso del artículo 19 Constitucional existe mayor precisión en este concepto, pues aquí si es necesario oír al presunto responsable, pues el auto de término constitucional comprenderá además de lo actuado ante la autoridad ministerial, lo actuado ante el órgano jurisdiccional.

Considerando pues, que la ónticidad tanto del artículo 16, como del artículo 19 de la Constitución General de la República, deviene de la conformación de estos preceptos en el devenir histórico, con la evolución de una sociedad que; en sus inicios acepta el imperialismo triunfante en la lucha de independencia, o del que se impone a través de la fuerza de las potencias extranjeras, o de la sociedad que se autoimplanta una República, representativa y democrática.

Tiempos de dictaduras, de democracia señalan el rumbo a seguir en materia de política criminal, aunados a las circunstancias económicas y sociales del país, de ahí que un principio rector debe responder a estas necesidades; de ahí que la ónticidad de estos preceptos deben evolucionar con el ser al que han de aplicarse.

CAPITULO TERCERO.

“PROCESO PENAL.”

III.1. LOS PUEBLOS PRIMITIVOS DEL MUNDO.

III.1.1 ROMA.

III.1.2. GRECIA.

III.1.3. LOS GERMÁNICOS.

III.1.4. EL PROCESO MEDIEVAL ITALIANO.

III.1.5. LA REVOLUCIÓN FRANCESA Y LA CODIFICACIÓN.

III.2. EL PROCESO PENAL MEXICANO.

III.2.1. ÉPOCA PRECOLONIAL.

III.2.2. ÉPOCA COLONIAL.

III.2.3. ÉPOCA IMPERIAL.

III.2.4. REPÚBLICA.

CAPITULO TERCERO.

"PROCESO PENAL."

III.1. LOS PUEBLOS PRIMITIVOS DEL MUNDO.

Durante las etapas primitivas de los pueblos, en todas las manifestaciones culturales, en el arte, en la religión, en la moral o en el derecho, sucede un fenómeno de paralelismo, es decir, se presentan rasgos similares de evolución.

Así, en cualquier comunidad primitiva observamos que la administración de justicia, está en manos de un jefe, de un consejo de ancianos o de un brujo, y que la solución de los litigios tendrá características místicas o mágico-religiosas.

Al evolucionar estas comunidades primitivas, van tolerando y fomentando ciertas formas autocompositivas, y es indicativo de muchas comunidades primitivas que, inclusive en delitos graves, como el homicidio, se contase con un amplio margen de negociación entre las partes afectadas. Según lo señala el maestro Cipriano Gómez Lara, por ejemplo; si un miembro de una familia mataba a otro, miembro de diversa familia, el grupo social victimado podía arreglarse con el ofensor mediante algún tipo de compensación, como podía ser la entrega de animales o bienes o la prestación de ciertos bienes o servicios.¹

En estas comunidades primitivas, por otro lado, los procesos se caracterizan por su formalismo y teatralidad. Estos rasgos podían consistir en gestos, actuaciones, determinadas

¹ GÓMEZ LARA, Cipriano, "TEORIA GENERAL DEL PROCESO", Editorial HARLA, México 1994, P. 48.

palabras sacramentales, inclinaciones, etc., sin los cuales los actos procesales carecían de validez.

Podemos decir que algunas de estas y actitudes, son los antecedentes más remotos de las formas y las formalidades actuales.

Todos los procesos de los pueblos primitivos presenta rasgos similares, se llega a la conclusión de que los rasgos peculiares o distintivos, es decir, el estilo, tanto en las sólo a través de una prolongada evolución. Es decir, los rasgos distintivos sólo aparecen con la evolución de los grupos sociales.

De tal suerte que el proceso primitivo de cualquier pueblo de la tierra, es similar, en sus rasgos fundamentales, a los procesos primitivos de los demás pueblos.

Así, el proceso primitivo romano, de la etapa de las acciones de la ley, es también un proceso severo, cruel, como procedimientos rápidos, con ausencia de tecnicismo, con posibilidades limitadas de defensa, y con crueldad en las penas o soluciones. Por ello, dichas características no pueden ser señaladas como exclusivas del proceso azteca.

La crueldad en las soluciones, no puede ser exclusiva de ningún pueblo primitivo, baste pensar en el caso de la acción manus injectio de los romanos, que no sólo permitía, como en muchos pueblos primitivos, el sometimiento físico del deudor por parte del acreedor, y la vejación de llevarlo a exhibir al mercado, sino también la posibilidad extrema de que si ese deudor no pagaba y los acreedores fueran múltiples, pudieran matarlo entre ellas y repartir sus restos mortales.²

² ESQUIVEL OBREGÓN, Tombo, "APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO EN MEXICO", Editorial Polis, México 1937, t. P.391.

La brutalidad y el primitivismo no son, pues, tampoco, patrimonio exclusivo de ningún pueblo y todos los de la tierra, comparten en menor o mayor medida, dosis de tales brutalidades.

Tres son, en el tiempo y en el espacio, los sistemas de enjuiciamiento criminal practicados: inquisitivos, acusatorio y mixto.

Es necesario conocerlos desde una doble perspectiva, a saber: sistemáticamente, como modelos posibles para cualquier régimen de procedimiento penal, dotados de ciertas notas específicas, erigidos como esquemas para la inserción de los regímenes concretos, e históricamente, en consideración dinámica, según su sucesiva y en ocasiones simultánea aparición en el tiempo.

Dado que la historia del procedimiento penal es, desde cierto punto de vista, la historia de los sistemas de enjuiciamiento, es oportuno describir los rasgos determinantes de éstos antes de emprender el examen de aquélla.

Formas fundamentales del proceso, son las que se observan en las funciones, a su vez fundamentales, que se realizan necesariamente en aquél: de acusación, de defensa y de decisión.

Si cada una de éstas se encomiendan a un órgano propio e independiente, el sistema será acusatorio, al paso que si las tres funciones están concentradas en manos de un mismo órgano, será inquisitivo. La primera forma ocasiona un proceso de partes; la segunda, un proceso unilateral donde el juez cumple una actividad uniforme.

Los sistemas de enjuiciamiento responden a los diversos criterios que se han tenido sobre la ofensa que entraña el delito, si se estima que éste se dirige solo contra el particular, corresponde

el acusatorio; si se piensa que la violación lesiona, ante todo, a la sociedad, surge el inquisitivo.

Los intereses de la colectividad se encuentran defendidos en grado extremo por el sistema inquisitivo, en tanto que los intereses individuales lo están en el sistema acusatorio.

En el procedimiento acusatorio rige la libertad de acusación, no sólo a favor del ofendido, sino inclusive de todo ciudadano, bajo el sistema de acusación popular. Esta en cambio se encuentra desacreditado en el régimen inquisitivo.

En el acusatorio hay libre defensa e igualdad procesal entre los contendientes, en cambio en el inquisitivo la defensa se halla restringida; no hay contradicción entre las partes; si la hay, a su vez, en el régimen acusatorio, donde la clara existencia de acusador y acusado promueve un franco enfrentamiento entre ambos.

La oralidad, la publicidad y la concentración son propias del régimen acusatorio, mientras que del inquisitivo lo son la escritura, el secreto y la continuidad.

Fuertemente influido de consideraciones liberales, generoso y abierto, el sistema acusatorio se inclina por la regla de libertad procesal del inculcado. En contraste, el inquisitivo abunda en simpatía por la prisión preventiva.

En el acusatorio hay libre proposición de pruebas por las partes y libre apreciación de las mismas por juez. En su contrario, la proposición se halla restringida y la valuación de la prueba se encuentra tasada.

Otro aspecto, que debe ser advertido en cuanto a la figura del juzgador; en el acusatorio suele ser diverso el que instruye del que juzga; en el inquisitivo el juez es bifuncional, es decir, un mismo sujeto instruye y condena.

En el acusatorio la sentencia es apelable, lo que sin duda aporta cierto límite y control a los amplios poderes judiciales.

El tratadista costarricense J. Enrique Castillo Barrantes considera que los grandes principios del sistema acusatorio son oralidad, publicidad y contradictorio, y sus caracteres: instancia única, inicio del proceso por acusación, igualdad entre partes, pasividad del juez y decisión conforme a equidad.³

En cambio, los principios del inquisitivo son escritura, secreto, ausencia de contradictorio. Los caracteres de este sistema son justicia delegada, procedimiento de oficio, juez activo, preponderancia de la instrucción, indefensión y juzgamiento conforme a derecho.⁴

El sistema mixto toma elementos de los regímenes inquisitivo y acusatorio, de hecho surge una gran participación en el cuerpo del procedimiento total.

En una primera fase, instructora o de sumario, se reciben ciertos elementos fundamentales de la inquisición, como son la escritura y el secreto.

En una segunda fase, de juzgamiento o plenario, hallan cabida ciertas notas características de la acusación, como son la oralidad y la publicidad. Con todo ambas fases suelen estar dominadas por los principios de contradicción o de libre defensa.

III.1.1. ROMA

La historia de Roma se divide en tres etapas históricas que son:

³ Curso de Derecho Procesal Penal.

⁴ Curso de Derecho Procesal Penal.

- La monarquía.
- La república.
- El imperio.

Varias fueron las etapas por las que curso el proceso penal romano.

Sin que la coincidencia sea exacta, también tenemos tres etapas de desarrollo histórico del proceso de Roma, que en términos generales, se pueden enmarcar dentro de esas tres fases de desarrollo histórico o general del pueblo romano.

Así durante la Monarquía que es una etapa primitiva de desarrollo en todos los ámbitos culturales y sociales, tenemos la etapa llamada de las acciones de la ley.

Durante la República se nos presenta la etapa llamada del proceso formulario; y, en el Imperio, surge el llamado proceso extraordinario.

Tenemos tres etapas de desarrollo histórico del proceso jurisdiccional romano, los dos primeros pertenecientes a lo que se llamo el orden judicial privado, y la tercera y última, perteneciente a lo que se ha denominado el orden judicial público.

Inicialmente fue privado el proceso penal romano; aquí el juzgador actuaba como árbitro y estaba a lo que las partes alegaban, de éste proceso se evolucionó hacia el régimen público, más consecuente con la naturaleza del derecho represivo. De él quedaron huellas, sin embargo, en la persecución de algunos delitos, particularmente de injurias.

Bajo el régimen de proceso penal público tuvo el juzgador una actitud dinámica; realizó las investigaciones necesarias para fundar su pronunciamiento.

En esta época es necesario distinguir entre la *cognitio*, bajo la cual fueron amplios los poderes del magistrado, y la *accusatio*, que entregó a los ciudadanos la facultad de acusar y reprimió severamente, según lo previsto en el *senadoconsulto Turpilliano*, a los *tergiversadores*, o sea, a los que abandonaban la acusación intentada sin abolitio de la autoridad competente.

En el imperio aparecen las funciones de *pesquisa*, avanzando hacia el *procedimiento inquisitivo*; el magistrado reunió en sus manos las funciones *acusadora* y *jurisdiccional*.

Mientras que en la monarquía y la república hay una duplicidad de etapas, puesto que existe una primera ante el magistrado, funcionario estatal, y otra segunda, ante un juez particular o privado, por el contrario en esta tercera etapa, o sea, en la del *proceso extraordinario*, esta duplicidad de etapas desaparece para que tengamos una sola que se desenvuelve toda ella frente a un funcionario estatal, es decir, frente a un magistrado, lo que hace indudable el *robustecimiento del Estado romano*.

III.1.2. GRECIA

El origen del *procedimiento penal*, se remonta a las viejas costumbres y formas observadas por los *atenienses* en el *derecho griego* en donde el Rey, el Consejo de Ancianos y la Asamblea del Pueblo, en ciertos casos, llevaban *acabo juicios orales*, de carácter público para sancionar a quienes ejecutaban *actos atentatorios* en contra de ciertos usos o costumbres.

Para esos fines el ofendido o cualquier ciudadano presentaban y sostenían *acusación* ante el *Arconte*, el cual, cuando no se trataba de *delitos privados* y, según el caso, convocaba al *Tribunal del Aerópago*, al de los *Ephetas* y al de los *Heliastas*.

El acusado, se defendía por sí mismo, aunque en ciertas ocasiones le auxiliaban algunas personas; cada parte presentaba pruebas, formulaba sus alegatos y en esas condiciones, el tribunal dictaba sentencia ante los ojos del pueblo

III.1.3. LOS GERMÁNICOS.

El proceso germánico, se ha querido caracterizar como de índole publicista, frente a la tendencia predominantemente privatista del derecho romano.

Mientras que en determinados enfoques del derecho civil romano, prevalece, o se protege con mayor rigor, el derecho del individuo frente a la colectividad, en el derecho germánico, la nota de acentuación es la del predominio de los intereses de la colectividad sobre los del individuo.

Existía una asamblea del pueblo o de los miembros libres del pueblo, llamada el Ding, ante el cual, el juez solamente intervenía como instructor, es decir, como un investigador del derecho y un director de los debates.

En estos procesos la sentencia era pronunciada por esta asamblea como resultado de una propuesta de la que, a su vez, después recae un mandamiento del juez, concreto, que hace ya las veces de sentencia.

El proceso, al lado del cual existe aún la autodefensa, es común tanto para las cuestiones civiles como para las penales y su fin es el de obtener una reparación, procurando inicialmente un acuerdo entre las partes y, si éste no se logra, entonces coactivamente el pago de una sanción pecuniaria, con el objeto de

evitar la venganza del lesionado o de su tribu, señala Cipriano Gómez Lara: "el procedimiento es público-oral de rigor formalista."⁵

Entre los germanos hubo frecuente autodefensa, recuerda Alcalá Zamora.⁶ El proceso, que era público, oral, contradictorio, y sumamente ritualista, tenía por objeto obtener la composición para evitar la venganza de la sangre.

La jurisdicción radicaba en la asamblea de los hombres libres, como ya lo señalamos presidida por el juez director de debates, sin embargo la proposición recaía en el juez permanente o en los jurisperitos.

Citado el demandado y formulada ante el tribunal la demanda, si aquél se allanaba, sobrevénia sentencia; si no, mediante resolución probatoria se condenaba o absolvía provisionalmente, determinándose quién debía probar.

La prueba se refería al derecho, no a los hechos. Aquél se acreditaba mediante juramento propio y de los conjuradores, las inconformidad con el proyecto de sentencia se dirimía en el duelo.

Tras la recepción del derecho italo-canónico en Alemania, producido en los siglos XIV y XV, surgen los procesos cameralista y sajón; más tarde, el prusiano.

En su examen se ocupa Alcalá Zamora, quien recuerda que el cameralista, fundado en la Constitución Criminalis Carolina, acoge la persecución de oficio, con inquisitorialidad, secreto, escritura y tormento para completar la prueba.⁷

En el régimen sajón, bajo la Constitución de Augusto I, de 1572, y la Ordenanza Judicial de 1622, hubo dos tipos de proceso: el promovido por *accusatio* del ofendido y el iniciado de oficio, éste

⁵ GÓMEZ LARA, Cipriano, "Teoría General del Proceso", Editorial Nueva, México 1990, p.61.

⁶ Curso de Derecho Procesal Penal p.102

⁷ Idem p.105

en caso de graves delitos. Sólo en la misma hipótesis era admisible el tormento.

Bajo Federico el Grande, en 1740, se suprimió el tormento, salvo en la hipótesis de delitos de lesa majestad; la supresión general operó en 1757. En la misma época, la profesión liberal de la abogacía fue sustituida por los comisarios de justicia.

III.1.4. EL PROCESO MEDIEVAL ITALIANO.

En Italia se completa la fusión de los procedimientos romano y germano. El fondo de la misma está constituido por el derecho longobardo-franco, que luego evoluciona bajo el influjo de teorías romanas y de las leyes eclesiásticas y estatutarias.

La jurisdicción esta en manos de los funcionarios, al lado de los cuales se desarrolla la abogacía, las causas podían ser civiles, cuando la suma resultante de la pena pecuniaria beneficiaba a la parte.

Criminales, cuando se entregaba al fisco o se trataba de pena corporal afflictiva, mixta cuando lo recaudado se destinaba en parte al fisco y en parte al particular.

La ausencia de persecuidor formal en la Edad Media fue sólo transitoria; pronto el Estado cubrió la vacante, dado que el castigo se infligía en beneficio del fisco, es decir, del mismo Estado.

Al respecto escribió Beccaria: "hubo un tiempo en que casi todas las penas fueron pecuniarias. Los delitos de los hombres eran el patrimonio del príncipe; los atentados contra la seguridad pública eran objeto de lucro, de modo que quien estaba destinado a defenderla tenía interés en que se le ofendiera."⁸

⁸ Currro de Derecho Procesal Penal p.103

La causa se consideraba criminal totalmente cuando se actuaba contra bandidos, cuando la pena cedía principalmente a favor del fisco y cuando con el interés del particular, concurría el de la vindicta pública

En caso de que el interés de la parte constituyese algo separado, no necesariamente concurrente con el interés del fisco, se planteaban dos causas diversas; civil y penal.

Al procedimiento acusatorio del régimen italiano, que comenzaba con acusación escrita, a la que sucedían la citación y la contestación de la litis, siguió el inquisitivo.

A pesar de su carácter extraordinario, el inquisitivo resulto ordinario en la práctica del proceso italiano intermedio, su calidad extraordinaria se advierte notando que, si antes de la sentencia sobreviene la acusación, cesa entonces la inquisición, más si el acusador no quiere proseguir la acusación, debe el juez continuarla de oficio y castigar al acusador.

Esto demuestra como la inquisición favorece más que la acusación la represión de los delitos, y por esto lo estatuido a favor de la inquisición no se extiende a la acusación.

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

En el siglo XVI se consolidó el proceso véneto. Venecia fue refractaria de la influencia de los procesos romano y bárbaro. En ella surgió la importante figura de los patrocinadores en común, auténticos actores oficiales.

Por último es preciso resaltar que la característica principal del proceso medieval italiano, es su lentitud y contra ella, desde la mitad del siglo XIII se iniciaron reformas conducentes a obtener una mayor rapidez en el procedimiento.

Por lo que se refiere al proceso italo-canónico, en materia penal, al cual se le ha denominado *románico*; representa una mezcla procesal germano-romana, cuya base está constituida por el derecho longobardo-franco, el cual evoluciona bajo el influjo combinado del derecho romano, del canónico y del estatutario, además de la doctrina de los jurisconsultos.

El proceso penal respondía a dos tipos distintos: el acusatorio y el inquisitivo; siendo el primero de corte civil, con contradictorio, pero con predominio en la escritura y sin publicidad en los debates; el segundo, se caracteriza ante todo, por el predominio de la escritura y el secreto, y se dividía en dos fases: inquisición general e inquisición especial.

III.1.5. LA REVOLUCIÓN FRANCESA Y LA CODIFICACIÓN.

En los años previos a la Revolución Francesa, multitud de voces se alzaron contra el régimen inquisitivo, reciamente introducido por las ordenanzas de 1498 y 1670. Montesqueau y Beccaria se pronunciaron por las acusaciones públicas.

Los ojos estaban vueltos hacia Inglaterra, impermeable a la inquisición, bastión del procedimiento acusatorio. La ley de 29 de septiembre de 1791, luego atemperada, trasladó al continente las instituciones judiciales inglesas.

El código de Instrucción Criminal, de 1808, consolidó, por último, el sistema mixto.

La revolución francesa fue un movimiento social, económico y de contenido filosófico y político, de gran trascendencia para toda la humanidad, de manera especial para los pueblos de las llamadas culturas occidentales.

Represento en la historia europea, el triunfo de la burguesía sobre la nobleza y sobre el feudalismo y, sin duda, significo un paso más en la lucha de clases.

En el aspecto político los principios de la revolución francesa, basados en la filosofía de la ilustración y en el pensamiento de grandes filósofos como Rousseau, Montesqueau, Voltaire, Locke, entre otros, ataca el poder absoluto de los monarcas, con lo que sientan las bases para la creación de los modernos estados de derecho y colocan los cimientos que sostendrán el capitalismo y a la revolución industrial mecánica.

La nueva filosofía del Estado implicó la fijación de límites a su actividad, y con ello da lugar a los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano, o garantías individuales.

En lo referente a las actividades estatales propiamente dichas, se establecen los principios de que para el Estado todo lo no permitido esta prohibido y, por el contrario, para los ciudadanos, todo lo no prohibido está permitido. Lo anterior no es un mero juego de palabras, sino la tesis surgida de toda esta filosofía, en el sentido de que los órganos de la autoridad estatal sólo podrán realizar aquellas funciones y atribuciones que expresamente le estén conferidas por los textos legales, por ello todo lo no permitido esta prohibido para el Estado, por el contrario el individuo, el ciudadano, el hombre individualmente considerado, es libre y autónomo y no tiene más limitaciones sino las fijadas por las leyes y, por ello, para el ciudadano todo lo no prohibido esta permitido.

Dentro de este orden de ideas surgió en el siglo XIX, la corriente codificadora francesa, precisamente con el afán de garantizar los derechos del individuo frente a los excesos despóticos de la actividad estatal; y como un intento de organización de las normas jurídicas que se encontraban en Francia, y en todos los países de la época, en una situación

caótica y desordenada, por ello la codificación francesa es uno de los principales frutos de la revolución.

Esta codificación tiene el mérito de separar los textos sustantivos, de los adjetivos o procesales, a pesar de no ser los primeros, su importancia radica en que a partir de ellos, tanto en Europa como en América, comienzan a promulgarse códigos independientes para el proceso civil y para el proceso penal por lo que la importancia de los códigos napoleónicos estriba en la repercusión y resonancia que tuvieron en el mundo.

III.2. EL PROCESO PENAL MEXICANO.

III.2.1. ÉPOCA PRECOLONIAL.

El Derecho Prehispánico, no rigió uniformemente para los diversos pobladores del Anáhuac, puesto que constituían agrupaciones diversas, gobernadas por diversos sistemas que aunque tuvieran ciertas semejanzas, también tenían normas jurídicas distintas.

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

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

Existían tribunales: reales, provinciales, jueces menores, de comercio, militar, etc., cuya organización, era diferente en razón de las necesidades de los reinos, al delito cometido y a la categoría del sujeto infractor.

--El Derecho Azteca; el monarca era la máxima autoridad judicial, delegaba sus funciones en un magistrado supremo, dotado de competencia para conocer de las apelaciones en materia criminal; a su vez, éste nombraba a un magistrado para ejercer iguales atribuciones en las ciudades con un número considerable de habitantes, y este magistrado, designaba a los jueces encargados de los asuntos civiles y criminales.

Tomando en cuenta la clasificación de las infracciones penales en leves y graves, para conocer de las primeras se designaban jueces, cuya competencia comprendía, solamente, la de un barrio determinado de la ciudad.

Las infracciones graves, se encomendaban a un tribunal colegiado, integrado por tres o cuatro jueces; los jueces menores, iniciaban las actuaciones procedentes, efectuaban la aprehensión de los delincuentes, instruían el proceso en forma sumaria y el magistrado supremo era quien decidía en definitiva.

Desde esa época, señala Lucio Mendieta y Nuñez, los encargados de tales atribuciones estaban distribuidos en Salas; una para lo civil, otra para lo criminal y una tercera para quienes conocían de los asuntos militares; en cada Sala había cuatro jueces y cada uno tenía a sus órdenes varios escribanos y ejecutores.⁹

Los fallos dictados eran apelables interponiéndose el recurso ante el monarca, el cual asistido de otros jueces, o de trece nobles muy calificados, sentenciaba en definitiva.

El procedimiento era de oficio y bastaba un simple rumor público acerca de la comisión de un delito, para que iniciaran las persecuciones, según dice José Kohler.¹⁰

⁹ COLIN SANCHEZ, Guillermo, "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", Editorial Porrúa, México 1998, p.28.

¹⁰ *Ibidem*, p.28

Los ofendidos podían presentar directamente su querrela o acusación; presentaban sus pruebas y en su oportunidad formulaban sus alegatos.

Existía el derecho a favor del acusado para nombrar defensor o defenderse por sí mismo, asistido por patronos (tepanlatoani), teniendo en cuenta de que no se tiene noticia de que hayan existido abogados, o por representantes (tanemiliane).

En materia de pruebas existían: el testimonio, la confesión, los indicios, los careos y la documental, pero se afirma que para lo penal tenía primacía la testimonial y solamente en casos como el de adulterio o cuando existían vehementes sospechas de que se había cometido otro delito, se permitía la aplicación del tormento para obtener la confesión.

Eran manifiestas algunas formalidades, como que en la prueba testimonial, quien rendía juramento estaba obligado a poner la mano sobre la tierra y llevarla a los labios, queriéndose indicar con ello que se comía de ella.

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

No podemos limitarnos a la cultura más representativa de la meseta central de lo que hoy es México, porque eso sería negar que hubo en una nación aportaciones de todas sus culturas, así que es necesario plantear otras aportaciones al proceso penal mexicano.

—Derecho Texcocano; el reino de Texcoco era muy similar al azteca. A los jueces ordinarios, aunque con una potestad muy restringida, se les facultaba para ordenar la prisión preventiva de quienes cometían delitos, con la obligación de informar de ello a los jueces superiores o, en su caso, turnarles el asunto para que se avocaran al mismo.

—Derecho Tarasco, aquí la investigación de los delitos, la realizaban los jueces locales. Contaban con un Tribunal Superior en lo penal (peta muti), y los casos muy graves se remitían al rey para su resolución (cazonzi).

—Derecho Maya; entre los mayas el derecho estaba caracterizado por la extrema rigidez en las sanciones, y como los aztecas, castigaban toda conducta que lesionara las buenas costumbres, la paz, la tranquilidad social.

La competencia residía, fundamentalmente, en el Ahua, quien en algunas ocasiones podía delegarlas en los Batabes, la jurisdicción de los primeros comprendía todo el Estado; la de los segundos el territorio de su cacicazgo. Junto con ellos actuaban otros ministros que eran como abogados o alguaciles cuya participación se destacaba durante las audiencias.

La justicia se administraba en un templo que se alzaba en la plaza pública de los pueblos y que tenía como nombre Popilva. Los juicios se ventilaban en una sola instancia, no existiendo ningún recurso ordinario ni extraordinario.

Las pruebas; hay probabilidad de que existieran las siguientes: la confesional, ya que en los casos de muerte confesaban sus pecados, hecho que indica el conocimiento que tuvieron del valor de las confesiones, que no es remoto hubiesen empleado en materia judicial; la testimonial y la presuncional, pues echan maldiciones al que presumían mentiroso.

III.2.2. ÉPOCA COLONIAL.

Al llevarse acabo la conquista, las ordenanzas legales del derecho español y las disposiciones dictadas por las nuevas autoridades, desplazaron los sistemas jurídicos azteca, texcocano y maya.

Diversos cuerpos de leyes (la recopilación de las leyes de indias, las siete partidas, la novísima recopilación), establecieron *disposiciones procesales*.

En realidad, no había un grupo de normas organizadas institucionalmente para regularizar el procedimiento en materia criminal, y aunque las siete partidas, de manera más sistemática, pretendía establecer los preceptos generales para el mismo, al estructurar el proceso penal en el sistema de enjuiciamiento de tipo inquisitorio, resultaban confundidas las disposiciones de carácter eclesiástico, profano y real.

A medida que la vida colonial fue desarrollándose, se presentaron diversidad de problemas que las leyes españolas no alcanzaban a regular; se pretendía que las leyes de indias suplieran tales deficiencias; sin embargo, como los problemas se acentuaban mayormente por las arbitrariedades de los funcionarios, de los particulares y también de algunos de los predicadores de la doctrina cristiana, en 1578, Felipe II, decretó sanciones rigurosas para frenar toda clase de abusos e invasión de competencias.

Para esos fines, recomendó a obispos y corregidores se ciñeran estrictamente al cumplimiento de la esfera competencial de su cargo y a respetar: las normas jurídicas de los indios, su gobierno, policía, usos y costumbres; dejándose de tomar en cuenta, cuando contravinieran el derecho hispano.

En la administración de justicia penal, tenían injerencia: el Virrey, los gobernadores, los capitanes generales, los corregidores y muchas otras autoridades.

La personalidad del virrey, ha sido descrita de la siguiente manera: "Era capitán general, justicia mayor, superintendente de la Real Hacienda y Vicepatrono".¹¹

¹¹ *Idem*.p. 36.

En función de vicepatrono, representaba al Rey en las atribuciones religiosas del Patrono; con su alta investidura, llegó a ser el eje principal, en torno al cual giraban gobernadores, corregidores, alcaldes mayores, y también los integrantes de la Real Audiencia, puesto que la designación de funcionarios y la decisión de los asuntos de que estos conocían, no eran ajenos a su influencia y caprichos.

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

A los corregidores, se les adscribía a los distritos, o lugares indicados por el virrey, para que: cuidaran el orden, administraran justicia, dictaran disposiciones legales, y dirigieran los aspectos administrativos de su circunscripción territorial.

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

"Fue hasta el 9 de octubre de 1540, cuando en una cédula real se ordenó que se hiciera una selección entre los indios para que desempeñaran los cargos de: alcaldes, jueces, regidores, alguaciles, escribanos, etc., especificándose que la justicia se impartía de acuerdo con los usos y costumbres que habían gobernado su vida."¹²

Los alcaldes indios, auxiliados por alguaciles, aprehendían a los delinquentes indios y los llevaban a las cárceles de españoles del distrito correspondiente.

¹² *Ibidem*.p36

Los caciques, ejecutaban aprehensiones y ejercían jurisdicción criminal en los pueblos, salvo en aquellas causas reservadas para su resolución a las audiencias o a los gobernadores.

Al proclamarse la Real Ordenanza para el establecimiento e instrucción de intendentes del ejército y provincia en el Reino de la Nueva España, se crearon doce intendencias, encargadas de los servicios de Hacienda y Justicia, para así atender con mayor eficacia los servicios públicos.

Como consecuencia, los funcionarios indios se relegaron al olvido y cada intendente se encargaba de impartir justicia en lo civil y en lo criminal, auxiliados por subdelegados, quienes investigaban los hechos delictuosos e instruían los procesos para que, al estar en condiciones de dictar sentencia, lo hiciera así el intendente, asesorado por un teniente letrado.

Durante la colonia, el desenvolvimiento de la vida en sus diversos órdenes requirió, indispensablemente, la adopción de medidas encaminadas a frenar toda conducta lesiva a la estabilidad social y a los intereses de la colonia española en su nuevo dominio.

Dos integrantes de los distintos tribunales, apoyados en factores religiosos, económicos, sociales y políticos, pretendieron encausar la conducta de indios y españoles.

Para la investigación de un delito, en formas especiales de manifestación y para aplicar las sanciones pertinentes, se implantaron: el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, la audiencia, el Tribunal de la Acordada, tribunales especiales para juzgar a los vagos y muchos otros más.

Entre los tribunales mencionados, el del Santo Oficio de la Inquisición ocupaba un lugar preferente, en el orden cronológico y político, debido a que se utilizó como gran instrumento policiaco, contra la herejía.

En España, aparece en 1478, debido a que Sixto IV, expidió una bula, facultándolos para designar a los integrantes del tribunal, el cual funcionó para facilitar la consolidación de la unidad religiosa en España.

En América, el establecimiento de la inquisición era urgente, para erradicar todo el peligro e injerencia capaz de romper la unidad de la fe y la evangelizadora tarea en pro de los indígenas.

El poder inquisitorial se ejerció casi de inmediato, después de la conquista, la mayor parte de los procesos que se instauraron en 1571, fueron por blasfemia y bigamia y es importante advertir que muy pocos son los que se ejercieron contra herejes.

Felipe II, por cédula real del 25 de enero de 1568, crea el Tribunal de la Inquisición en México.

Fue hasta el 12 de septiembre de 1571, cuando se fundó el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición para las Indias Occidentales, la lectura de las instrucciones y el juramento de los integrantes del tribunal, se realizó en la iglesia mayor (catedral), el 14 de noviembre de 1571.

El tribunal estaba integrado por: inquisidores, secretarios, consultores, calificadores, comisarios, promotor fiscal, abogado defensor, receptor y tesorero, familiares, notarios, escribanos, alguaciles, alcaides e interpretes.

Para ejercer el cargo de inquisidor o juez, se designaban: frailes, clérigos y civiles.

A los secretarios estaba encomendada la parte administrativa, el levantamiento de actas, la correspondencia y el archivo

Los consultores, decidían la suerte principal del acusado a través de la "consulta de fe", que se les hacían cuando había sido oído el acusado, misma que según su criterio estaba sujeta a la aprobación o rectificación.

El promotor fiscal denunciaba y perseguía a los herejes y enemigos de la iglesia, llevaba la voz acusatoria en los juicios, y para algunas funciones del tribunal era *conducto* entre éste y el Virrey, a quien entrevistaba comunicándole las resoluciones y la fecha de celebración del auto de fe.

Llamado así por la forma sacramental con que se realizaba: "Que juraba a Dios Todopoderoso y a Santa María, su madre, y a la señal de la Santa Cruz y de los Santos Evangelios, como bueno y fiel cristiano, de ser ahora y siempre a favor y ayuda de la defensa de nuestra santa fe católica y de la Santa Inquisición, oficiales y ministros de ellas, y de favorecerlas y ayudarlas, y de guardar y hacer guardar sus excepciones e inmunidades y de no encubrir a los herejes enemigos de ellos y de perseguirlos y denunciarlos a los señores inquisidores."¹³

Asistía también el promotor fiscal a los "autos de fe", integrando la formación que para esos acontecimientos efectuaba todo el tribunal en el acto de ejecución.

El abogado defensor, además de los actos de defensa era el receptor y tesorero del aspecto económico, gastos y cuentas, así como también la custodia de los bienes confiscados.

¹³ Idem. P. 42

Los familiares eran personas que figuraban en forma honorífica y, además, ejercían funciones de policía comunicando de inmediato todo aquello que interesaba al proceso.

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

El 22 de febrero de 1813, las Cortes de Cádiz, suprimieron el Tribunal de la Inquisición en México, se dio a conocer esa determinación el 8 de junio del mismo año, pero el 21 de junio de 1814, Fernando VII, lo estableció nuevamente, siendo el 10 de junio de 1820 cuando se suprimió definitivamente.

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

En la Nueva España se instalaron dos; uno en la ciudad de México y uno en Guadalajara, sus integrantes se regían por las leyes de Indias y sólo en defecto de éstas, por las leyes de Castilla.

En un principio, formaban parte de la audiencia cuatro oidores y un Presidente función que fue ejercida por el Virrey, ocho oidores, cuatro alcaldes del crimen, dos fiscales uno para civil y otro para lo criminal, un alguacil mayor, un teniente de gran canciller y otros funcionarios de menor importancia.

Los oidores investigaban las denuncias o los hechos hasta llegar a formarse la convicción necesaria para dictar sentencia; pero tratándose del Virrey o presidente, tenían prohibido avocarse a las mismas; suplían las faltas de los alcaldes del crimen y firmaban las ordenes de aprehensión, las cuales para tenerse como válidas necesitaban, por lo menos, ostentar dos firmas de los oidores.

Los alcaldes del crimen conocían, en primera instancia, cuando los hechos se ejecutaban en un perímetro comprendido en cinco leguas del lugar de la adscripción; con frecuencia intervenían, directamente, en las investigaciones de un hecho ocurrido en los lugares en donde no había oidores, actuaban en Tribunal Unitario para causas leves; cuando se trataba de sentencias de muerte, mutilación de miembros o pena corporal, se constituían en cuerpo colegiado, siendo necesarios tres votos favorables o de acuerdo, para que una sentencia fuera aprobada y aunque era facultad de la audiencia sentenciar las apelaciones interpuestas en contra de las resoluciones de los alcaldes del crimen, éstos resolvían el recurso; en consecuencia, se desvirtuaba la naturaleza del mismo, porque todas las funciones se concentraban en una sola persona.

De hecho la investigación y castigo de los delitos radicaba en los alcaldes del crimen, quienes no respetaban las atribuciones de los demás integrantes de la audiencia; realizaban toda clase de aprehensiones, excepto si se trataba del corregidor de la ciudad, a menos que lo autorizara el Virrey de la Nueva España.

El alguacil mayor tenía bajo su responsabilidad la función policiaca.

El Tribunal de la Acordada fue creado en la audiencia por acuerdo, de la misma presidida por el Virrey, principiando su actuación el 1710.

La acordada se integro por un juez o capitán, llamado juez de caminos, por comisarios y escribanos, siendo su competencia muy amplia, debido a que sólo así podía actuar de manera eficaz para cumplir su cometido.

Fundamentalmente, perseguía a los salteadores de caminos. Cuando tenían noticia de un asalto o desórdenes en alguna comarca llegaba al lugar y hacía sonar un clarín.

Para avocarse al conocimiento de los hechos delictuosos, se instruía un juicio sumarísimo, "desde el siglo XVI se practicaba en Italia, se implementó para poner fin a la dilación a la que conducían los actos y las formas del proceso ordinario"¹⁴, y dictaba la sentencia, procediendo inmediatamente a ejecutarla.

Cuando era decretada la pena de muerte, ordenaba el ahorcamiento del sentenciado en el mismo lugar donde había ejecutado el delito; acto seguido se dejaba expuesto el cadáver para escarmiento de los cómplices que no habían sido capturados o de quienes se dedicaban a cometerlos.

La rapidez en la substanciación de éstos, los juicios y la ejecución inmediata de la sanción, fueron medidas que se adoptaron con la finalidad de provocar buena conducta o un sentimiento de recato para hacer factible la seguridad jurídica en el campo y prevenir al mismo tiempo los delitos.

Este tribunal era ambulante, no tenía sede fija. Una vez juzgado y sentenciado un sujeto, sus integrantes dejaban el lugar y se constituían en otro para seguir ejerciendo sus funciones.

III.2.3. EPOCA IMPERIAL.

Al proclamarse la independencia nacional, continuaron vigentes las leyes españolas, con los sistemas procedimentales mencionados, hasta la publicación del decreto español de 1812, que creó los jueces letrados de partido, con jurisdicción mixta, civil y criminal, circunscrita al partido correspondiente; conservó un solo fuero para los asuntos civiles y criminales, así como, acción popular para los delitos de soborno, cohecho y prevaricación.

¹⁴ COLIN SANCHEZ, Guillermo, "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", Editorial Porrúa, México 1998, P.49

El 22 de octubre de 1814, se promulgó el llamado "Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana", y aunque nunca llegó a tener vigencia, fue un documento revelador del pensamiento de toda una época, cuyo contenido era una serie de principios inspirados en los fundamentos filosóficos y jurídicos de la revolución de Francia y de la Constitución española de 1812.

Los preceptos dictados en materia de justicia, aunque tuvieron una influencia de lo establecido en la Constitución de Cádiz, su redacción y espíritu evidencian el claro propósito de poner fin a una dramática realidad social que agobiaba al pueblo de México y que los constituyentes de Apatzingán tomaron en consideración al establecer; "son tiránicos y arbitrarios todos los actos ejercidos contra un ciudadano contra las formalidades de la ley...", y que "ninguno debe ser juzgado ni sentenciado, sino después de haber sido oído legalmente". Prevé la integración del Tribunal Superior de Justicia; cinco magistrados, fiscales, secretarios y jueces nacionales de partido, teniente de justicia, tribunales de residencia, etc., quienes actuarían conforme a las leyes hasta entonces vigentes, mientras no fueran derogadas por nuevas normas.

El marco legal anteriormente mencionado no tuvo vigencia ni siquiera a la consumación de la independencia de México, a la que le presidió el Primer Imperio encabezado por Agustín I (Agustín de Iturbide), el cual a casi un año de duración basaba sus actuaciones en las leyes heredadas de la colonia.

En cuanto al Imperio presidido por Maximiliano de Austria y el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 1865 expuso en sus artículos 59 a 77 un catálogo de garantías individuales que comprendían las básicas de igualdad, libertad, seguridad personal, propiedad, libertad de cultos, libertad de imprenta, requisitos para la aprehensión, irretroactividad de la ley, inviolabilidad de domicilio y derechos del procesado.

III.2.4. REPÚBLICA

Cuando la situación socio-política de la República Mexicana, auspicio un ámbito propicio para legislar, se aprobó y promulgo la Constitución de 1824, la cual deposita el Poder Judicial de la Federación, en la Suprema Corte de Justicia, en los Tribunales de Circuito y en los Juzgados de Distrito a quienes se les señalan sus atribuciones legales.

La administración de justicia, en los Estados y Territorios, se sujetaba a las reglas siguientes: "Se prestará entera fe y crédito a los actos, registros y procedimientos de los jueces y demás autoridades de otros Estados: El Congreso general uniformará las leyes, según las que deberán probarse dichos actos, registros y procedimientos.

Quedan prohibidos: la confiscación de bienes; el tormento; la detención sin que haya "semi plena prueba o indicio" de que alguien es delincuente, la detención por indicios que se haya decretado no debe exceder de setenta horas; el cateo sin orden expresa y fundada legalmente; "el juramento sobre hechos propios al declarar en materias criminales"; entablar juicio en lo criminal sobre injurias, sin hacer constar haber intentado legalmente el medio de la conciliación.

En 1836 en la Constitución Centralista, el Poder Judicial, se ejerce por quienes integran: la Suprema Corte de Justicia, los Tribunales Superiores de los Departamentos y los Juzgados subalternos de Primera Instancia, civiles y criminales, de las cabeceras de Distrito de cada Departamento.

El capítulo titulado "Previsiones Generales sobre la administración de justicia en lo civil y en lo criminal", establecía que no había más fuero personales que el eclesiástico y militar, asimismo se establecía la perpetuidad en los cargos para los miembros y fiscales de la Corte Suprema, lo mismo que los ministros y los jueces letrados de Primera Instancia, esta constitución señalaba "Una ley fijará los

trámites que, como esenciales, no pueden omitirse en ningún juicio; en las causas criminales, su falta de observancia es motivo de responsabilidad contra los jueces que lo cometieran; todos los litigantes tienen derecho para terminar en cualquier tiempo sus causas civiles y criminales sobre injurias puramente personales, por medio de jueces árbitros, cuya sentencia será ejecutada conforme a las leyes; para entablar cualquier pleito civil o criminal, sobre injurias meramente personales, debe intentarse antes el medio de conciliación¹⁵

De acuerdo a las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 12 de junio de 1843, subsisten los fueros eclesiásticos y militar; para las aprehensiones se exige mandato judicial, salvo el caso de flagrante delito, pero poniendo de inmediato al sujeto a disposición del órgano jurisdiccional; treinta días podía la autoridad política y los jueces tener en detención a una persona y cinco días para declararlo bien preso.

El Congreso quedó facultado para establecer juzgados especiales, fijos o ambulantes, con competencia para perseguir y castigar a los ladrones en cuadrilla.

En los departamentos, los tribunales superiores de justicia y los jueces superiores eran los encargados de administrar justicia, quedó prohibido el juramento sobre hecho propio; los jueces quedaban obligados, para dentro del término de los tres primeros días en que tuvieran al reo detenido y a su disposición, se le tomará la declaración preparatoria, manifestándole antes, el nombre de su acusador, si lo había, la causa de su prisión y los datos que hubiera contra él.

La falta de observancia en los trámites esenciales de un proceso, producía responsabilidad de su juez; el número de instancia se limitó a tres; la ley señalaba los trámites que debían observarse en los juicios criminales.

¹⁵ *Idem*, p. 33

En la Constitución de 1857, se estableció en la República Mexicana que nadie puede ser privado por leyes privativas, ni por tribunales especiales, el fuero de guerra solo subsiste para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar.

Nadie puede ser juzgado ni sentenciado, sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicable a él, por el tribunal que, previamente, se haya establecido en la ley.

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

En el caso del delito in fraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

La prisión solamente procede por los delitos que se sancionan con pena corporal, y ésta nunca podrá prolongarse por falta de pago de honorarios ni por alguna otra ministración de dinero, tampoco excederá del término de tres días sin que se dicte auto de formal prisión, motivado legalmente y con los requisitos establecidos por ley, responsabilizándose a las autoridades que la ordenen o la consientan, incluyéndose al alcalde o carceleros.

Es a partir de la Constitución de 1857 donde el procedimiento penal toma los causes que actualmente conocemos, aquí comienzan a ir de la manos los procesos penales y las garantías individuales.

En forma sistemática se establecen, para los juicios criminales, las garantías siguientes: "Que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador si lo hubiere; que se le tome su declaración preparatoria dentro de cuarenta y ocho horas, contados desde que esté a disposición del juez; que se le caree con los testigos que depongan en su contra; que se le faciliten los datos que necesite y consten en el proceso, para preparar su descargo; que se le oiga en

defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad.*

En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio, para que elija al que o los que le convengan.

A la autoridad judicial se le otorga, en forma exclusiva, la facultad de imponer las penas, limitándose a la autoridad político-administrativa a imponer corrección hasta \$500.00 o un mes de reclusión, en los casos que determinen las leyes.

Para los juicios criminales: no habrá más de tres instancias y nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito.

Se otorgaron facultades a los funcionarios competentes de las entidades federativas para legislar en materia de justicia y dictar sus códigos de procedimientos.

Quedó impuesta la obligación de entregar sin demora, los criminales de otros estados a la autoridad que los reclamara.

Es hasta este momento en el que se ven plasmadas las ideas del pensamiento liberal mexicano, en donde se encuentra establecido un procedimiento definido y que concede garantías de igualdad entre las partes procesales y principios impulsores del procedimiento penal, sin embargo aún se advierte deficiencias en los actos y formalidades procesales.

Finalmente en 1871 se expidió el Código Penal, para el Distrito Federal y Territorios de Baja California, y para toda la Nación, en delitos federales.

Este Código fue la manifestación lógica y bien coordinada del Estado de los conocimientos científicos de la época a cerca de la función punitiva del Estado.

Expedido éste código era necesario una ley de enjuiciamiento que lo hiciera aplicable, pronunciándose el primer Código de Procedimientos Penales en el medio mexicano en 1880.

De sus disposiciones, se advierte la tendencia marcada hacia un sistema mixto de enjuiciamiento; cuerpo del delito, búsqueda y aportación de pruebas.

En otros órdenes, aunque moderado, impera el sistema inquisitivo, independiente, de algunos derechos para el procesado, defensa, inviolabilidad del domicilio, libertad caucional, etc. En cuanto a la víctima del delito, se instituyó la obligación para el delincuente, de reparar el daño.

Años más tarde, el 8 de junio de 1884, un nuevo Código de Procedimientos Penales sustituyó al anterior y aunque no difiere en el fondo de su doctrina, en sus tendencias, se trató de equilibrar la situación del Ministerio Público y de la defensa, para que ésta no estuviera colocada en un plano de superioridad frente al Ministerio Público.

En el Código de 1880 se permitía al defensor, modificar libremente sus conclusiones ante el jurado, en cambio el Ministerio Público estaba obligado a presentarlas desde que la instrucción estuviera concluida, y solo por causas supervenientes, podía hacerlo después, de tal manera, que la mayor parte de las ocasiones, el Ministerio Público llegaba ante el jurado sin saber a que atenerse.

En este Código predominó un sistema mixto. En cuanto a la víctima del delito, sus derechos fueron considerados de naturaleza civil.

En este Código se advierten aspectos novedosos, la Policía Judicial, el Ministerio Público, cuyas funciones eran, únicamente, " la persecución de los delitos" y los actos de acusación en contra de los criminales ante los jueces competentes.

Asimismo se advierte un nuevo principio procesal: la inmediatez o inmediatividad. El sistema probatorio dominante, es el mixto.

Finalmente para impugnar las resoluciones judiciales, se conceden mayores derechos al acusado, como al defensor, para que de esta manera invoquen y hagan valer los recursos establecidos en las leyes.

El 18 de diciembre de 1908, se expidió el Código de Procedimientos Penales en materia federal. En sus disposiciones, se regula la actividad de quienes intervienen en el procedimiento y, aunque el texto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se tomó como modelo para su elaboración, en los órdenes pertinentes; sin embargo, contiene, entre otras innovaciones, facultades conferidas al juez para la comprobación del cuerpo del delito para los efectos correspondientes al arbitrio judicial.

Las normas procedimentales, para el Distrito Federal, y Federal, que siguieron en turno a las anteriores, fueron expedidas el 5 de diciembre de 1929.

En sus textos respectivos, al referirse a la víctima del delito, consideraron a la reparación del daño como parte de la sanción del hecho ilícito; por el cual, sería exigida oficiosamente, por el Ministerio Público, en consecuencia, no debería entenderse como el objeto de una acción civil, sino como materia penal.

Por otra parte, si los ofendidos o sus herederos estaban facultados para ejercitar la acción mencionada, la función del Ministerio Público, en ese caso, pasaba a segundo término.

El distingo que en este orden se estableció, generó un sistema absurdo. La falta de congruencia, en el aspecto indicado, su inoperancia, y muchos defectos que contenía dicha legislación dieron lugar a que fuera sustituida, el 27 de agosto de 1931, por el Código de

Procedimientos Penales, vigente en el Distrito Federal, y por el Código Federal de Procedimientos Penales de 23 de agosto de 1934, que es el que actualmente rige en México, estableciendo en su artículo primero los procedimientos que comprende el proceso penal, de los cuales para nuestro estudio sólo nos ocuparemos al proceso penal que culmina con sentencia de primera instancia.

Este proceso penal abarca cuatro etapas:

— La Primera, llamada de *Averiguación Previa* porque comprende de la *averiguación previa*; ya sea iniciada por denuncia como por querrela, según lo establezca como requisito de procedibilidad el Código Penal, hasta la consignación ante los tribunales, que de acuerdo al referido primer artículo del Código Federal de Procedimientos Penales establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal.

— La Segunda etapa, llamada de *Preinstrucción*; que se inicia con la radicación que hace el Órgano Jurisdiccional de las actuaciones consignadas por el Ministerio Público al Auto de Plazo Constitucional; en esta etapa se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculpado, o bien, en su caso, la libertad por falta de elementos para procesar.

— La Tercera etapa, abarca de la resolución dictada por el juzgador en el Auto de Plazo Constitucional hasta el cierre de la Instrucción, de ahí que sea la llamada etapa de *Instrucción*; abarca las diligencias practicadas ante y por los Tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculpado, así como la responsabilidad de éste o no en la comisión del delito.

-- La cuarta etapa, llamada de Juicio en la cual el juzgador resolverá en definitiva sobre la responsabilidad penal del procesado, valorando para ello los elementos de prueba con que cuente.

Durante la Averiguación Previa la cual se inicia según el requisito de procedibilidad que el Código Penal señale para el delito de que se trate, ya sea denuncia o querrela, las cuales pueden formularse de manera verbal o escrita, debiendo ratificarse en caso de hacerse de la primera forma; en esta etapa el Ministerio Público investigador integrara hechos que puedan ser constitutivos de delito alguno.

En esta etapa el Órgano investigador consignara cuando considere acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado según lo señala el artículo 16 de la Constitución General de la República y 134 del Código Federal de Procedimientos Penales en vigor.

La consignación ante los Tribunales puede ser con detenido; en ese caso el Ministerio Público no podrá retener por más de cuarenta y ocho horas a quien debe consignar, excepto en los caso en que la ley prevea como delincuencia organizada, según lo establece el artículo 16 de la Carta Magna.

En caso de que la consignación sea sin detenido, o sea para librar una orden de aprehensión por parte del órgano jurisdiccional, este radicará el asunto dentro del término de dos días, ordenando o negando la aprehensión, reaprehensión, comparecencia o cateo dentro del término de diez días contados a partir del día en que se haya acordado la radicación.

Sin embargo en el caso de los delitos señalados como graves de acuerdo con el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales en vigor, la radicación deberá hacerse de inmediato debiendo librarse la orden de aprehensión o cateo dentro de las veinticuatro horas siguientes a su radicación.

En los dos casos anteriores si el Juez no ha dictado el auto de radicación o resuelto sobre la solicitud del Ministerio Público investigador, éste podrá ocurrir en queja ante el Tribunal Unitario de Circuito que corresponda.

Una vez que se ha radicado la averiguación previa, comienza la etapa llamada de Preinstrucción; en la cual el Órgano Jurisdiccional resolverá la situación jurídica del indiciado, dentro de las setenta y dos horas siguientes, según lo establece el artículo 19 de la Constitución General de la República y 161 del Código Federal de Procedimientos Penales en vigor, plazo que sólo podrá prorrogarse a petición del indiciado a efecto de desahogar pruebas en ese lapso.

La situación jurídica del indiciado puede ser resuelta de tres maneras; la primera en mención es el Auto de Formal Prisión, el cual recae a delitos que merezcan pena privativa de libertad (art.161 C.F.P.P.); cuando el delito no merezca pena corporal o esta sea alternativa, se dictará Auto de Sujeción a Proceso con todos los requisitos del de formal prisión, por el cual queda sujeto a proceso la persona contra quien aparezcan datos que hagan presumible su responsabilidad, en caso contrario, que no haya datos que acrediten la probable responsabilidad del indiciado, se dictará Auto de Libertad por Falta de Elementos para Procesar con las Reservas de Ley, o en su caso Auto de No Sujeción a Proceso (art.162 C.F.P.P.).

Dictado al Auto de Plazo Constitucional se inicia la tercera etapa del Proceso Penal, llamada Instrucción; la cual señala el artículo 147 del Código Federal de Procedimientos Penales deberá terminarse dentro de diez meses, si se trata de delito cuya pena máxima que exceda de dos años de prisión, si la pena máxima es de dos años de prisión o menor o se hubiere dictado auto de sujeción a proceso, la instrucción debe terminarse dentro de tres meses, contados a partir del Auto de Término Constitucional.

Es de resaltarse que el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 147, se adecua coherentemente a los términos que señala la Constitución General de la República en su artículo 20 fracción VIII, ya que esta señala que el procesado deberá ser juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no excede de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excede de ese tiempo.

Lo cual coherentemente en el primer caso dará un plazo lógico de un mes para dictar sentencia al procesado cumpliendo así con el plazo señalado por la Constitución para que sea juzgado por un delito que no merezca pena mayor de dos años de prisión, dando en el segundo caso un término de dos meses para que sea juzgado quien por su conducta merezca una pena mayor a dos años de prisión.

A este respecto el artículo 97 de la ley en consulta señala que la sentencia deberá dictarse dentro de diez días contados a partir del siguiente a la terminación de la Audiencia de juicio, pero si el expediente excediere de quinientas fojas, por cada cien de exceso o fracción se aumentará un día más del plazo señalado, sin que nunca sea mayor de treinta días hábiles.

Los plazos señalados anteriormente se ven respetados fielmente por el Código Federal de Procedimientos Penales dando como ya lo habíamos señalado anteriormente coherencia en los tiempos que señala. Cumpliendo así la etapa de juicio, la cual precederá al cierre de instrucción y entrega de conclusiones de las partes.

Una vez cerrada la instrucción se mandará poner la causa a la vista del Ministerio Público, por diez días, para que formule conclusiones por escrito. Si el expediente excediere de doscientas fojas, por cada cien de exceso o fracción, se aumentará un día al plazo señalado, sin que nunca sea mayor de treinta días hábiles.

Si transcurrido ese plazo el Ministerio Público no ha presentado sus conclusiones, el juez deberá informar mediante notificación personal al Procurador General de la República acerca de esta omisión, para que dicha autoridad formule u ordene la formulación de las conclusiones pertinentes, en un plazo de diez días hábiles, contados desde la fecha en que se haya notificado la omisión, sin perjuicio de que se apliquen las sanciones que correspondan; pero, si el expediente excediere de doscientas fojas, por cada cien de exceso o fracción se aumentará un día en el plazo señalado, sin que nunca sea mayor de treinta días hábiles.

Transcurridos los plazos señalados sin que se formulen conclusiones, el juez tendrá por formuladas las de no acusación y el procesado será puesto de inmediato en libertad y se sobreseerá el proceso.

Este es de manera general un proceso penal en el ámbito federal, dividido en las cuatro etapas que señalamos inicialmente y de la forma en que se sigue actualmente en la República Mexicana, dando a juicio de quien escribe, plazos coherentes y recursos adecuados en busca de la mejor impartición de justicia, coherente pues, a la realidad de un país sumergido en constantes crisis económicas, sociales, políticas e ideológicas que dejan a gran parte de su población en la miseria, la ignorancia, carente de valores morales y que como consecuencia la llevan a romper de manera inevitable el marco jurídico que en política criminal, no va a la par en su evolución con las políticas sociales.

El comentario anterior me lleva inevitablemente a una reflexión, que no quisiera dejar fuera de una valoración de conceptos que me parecen esenciales para definir si los principios rectores de la política criminal responden a la sociedad a la que se aplican.

Dicha reflexión surge en el momento de comparar política social y política criminal: ¿cuál debe ir a la vanguardia?, si establecemos primero políticas de represión y después de respuesta a las

necesidades de la población, ¿no estaríamos actuando de manera ilógica?. Ahora bien, si primero preparamos a una población y satisfacemos (desde luego como Estado) la necesidad de trabajo, la capacidad de competencia, ¿ estaríamos en un país de cuarenta millones de pobres, de alarmante crecimiento de la delincuencia, o en un país de diversos estratos sociales y más de treinta y dos universidades públicas al alcance de todos los mexicanos?. El hecho de que no sea así nos demuestra claramente que no evolucionan a la par política social y política criminal, pero si nos demuestra que imperiosamente la primera debe ir a la vanguardia.

CAPITULO CUARTO.

“TEORIAS PENALES.”

IV.1. CAUSALISMO.

IV.1.1 CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.

IV.2. NEOCAUSALISMO.

IV.2.1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.

IV.3. FINALISMO.

IV.3.1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.

**IV.4. INFLUENCIAS EN LOS ARTÍCULOS 16 Y 19
CONSTITUCIONALES.**

CAPITULO CUARTO

"TEORIAS PENALES"

El Derecho Penal, es un derecho muy dinámico, sus normas están en una permanente evolución, en busca del perfeccionamiento. Por ello los estudiosos del Derecho Penal, no pueden permanecer ajenos a su desarrollo, por el contrario, sus conceptos, sus principios, su doctrina y sus ciencias van siempre entre sobresaltos y entusiasmos, a veces, más emotivos que científicos, en la búsqueda del perfeccionamiento.

A partir de 1930 a la fecha, dos escuelas; la Causalista y la Finalista se han enfrentado en un duelo, del que muchos beneficios hemos cosechado y seguiremos cosechando, mientras no nos volvamos fanáticos de alguna de las dos, sino con el razonamiento y los pies bien puestos en la realidad, captemos aciertos y errores, hagamos nuestros los primeros y desechemos los segundos.

El Agente del Ministerio Público al resolver sobre el ejercicio de la acción penal y el juez al dictar la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, deberán establecer la adecuación de los hechos investigados con la descripción típica contenida en la ley, para comprobar los elementos del tipo o cuerpo del delito según sea la legislación aplicable y de la probable responsabilidad; lo que significa que el tema "elementos del tipo o cuerpo del delito", son esencia en el procedimiento penal, de ahí su importancia para la doctrina y la aplicación real de la ley penal al caso concreto.

IV.1. CAUSALISMO

Se ha denominado sistema o escuela causalista, a la fundada por Franz Von Liszt, debido a que hace un análisis sistemático del

Derecho Penal y del delito, partiendo de una explicación naturalística de la acción humana que genera el delito.

La moderna teoría del delito surge a finales del siglo pasado en Alemania. Esta primera estructuración teórica de lo que es el delito, entendido éste en forma moderna, es conocida como teoría clásica por ser la primera en elaborarse o teoría causalista por el concepto de acción que maneja.

IV. 1.1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.

Revisando los antecedentes de la teoría clásica nos encontramos con que en el año de 1840 Luden, señala que el delito tiene tres elementos:

- ACCIÓN.
- ANTIJURICIDAD.
- CULPABILIDAD.

Por su parte Berner en 1857, también hablaba de algo que ya Luden había señalado: del concepto de acción. Berner propuso que se tomará a la acción como base de la estructura del delito, y ello para tener algo firme de lo cual partir.

Va a ser Von Liszt quien introduce en el derecho penal lo que Ihering ha descubierto, desarrollando un peculiar concepto de acción y en 1884 establece que el delito esta integrado por tres elementos: la acción, la antijuricidad y la culpabilidad, sentido en el cual también se manifiestan Beling en 1902 y Radbruch en 1904.

El toque maestro a las ideas de Von Liszt, lo pone Beling en 1906, al incorporar a los elementos señalados por Von Liszt, uno más, el concepto de tipo.

No es sino hasta este momento cuando podemos hablar del nacimiento de la moderna teoría del delito, conocida como causalista y

cuyos conceptos fundamentales son: la acción, el tipo, la antijuricidad y la culpabilidad.

El primer elemento del delito a tratar es el concepto de acción, que es entendido como un movimiento corporal, que si bien, es producido voluntariamente, la dirección de la voluntad no forma parte del concepto de acción.

La acción sólo es entendida como la manifestación de la voluntad, es decir, como "la conducta que libre de violencia física o psicológica, está determinada o motivada por las representaciones".¹

El estudio de la acción solo recae sobre su fase externa; el contenido de la voluntad se estudia dentro de otro concepto, que es el de la culpabilidad, en donde se analiza si el contenido de la voluntad es doloso o culposo.

Tanto Ernest Beling como Von Liszt, consideran que el concepto de acción engloba tanto a la acción propiamente dicha como la omisión. Beling señala que la acción consiste en: " un comportamiento corporal (fase externa "objetiva" de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular, "voluntariedad")... ello es, un comportamiento corporal voluntario, consistente ya en un "hacer" (acción positiva), ello es, un movimiento corporal, por ejemplo, levantar una mano, movimientos para hablar, etc., ya en un "no hacer" (omisión) ello es, distensión de los músculos".²

De acuerdo con lo expuesto sobre el concepto de acción, en el causalismo se le entiende como " el mero proceso causal que desencadena la voluntad... en el mundo exterior..., sin tomar en consideración si el autor lo ha querido o si sólo lo podía prever."³

¹ VON LISZT, "Tratado de Derecho Penal", Editorial Raus, segunda edición, Madrid España, 1926. Pag. 254.

² BELING, "Esquema del Derecho Penal", Editorial Depalma, Argentina 1994, pag.19.

³ WELZEL HANS, "Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, Chile 1993, pag. 46.

La acción en sentido estricto para el causalismo consta de tres elementos:

- 1.- La manifestación de la voluntad.
- 2.- El nexa causal.
- 3.- El resultado.⁴

Primeramente la manifestación de la voluntad, es lo que desencadena una serie de acontecimientos en el mundo exterior que se rigen por las leyes de la naturaleza (principio de causalidad) hasta producir un resultado.

El nexa causal es todo lo que sucede a partir de la manifestación de la voluntad y hasta que se produce el resultado. Es la serie de sucesos naturales encadenados unos con otros debido a que uno es causa del otro hasta que se alcanza el resultado.

El resultado es el cambio que se produce en el mundo, este cambio es producto de la manifestación de la voluntad si entre los dos hay una relación causa-efecto.

Liszt afirma en su teoría, que la acción humana debe ser voluntaria, pero que tal voluntariedad esta referida únicamente al movimiento corporal que produce un resultado material, donde sólo existe una relación de causalidad entre ese movimiento corporal voluntario y el resultado material.

El movimiento corporal voluntario resulta así un proceso causal ciego, es decir, en donde no interesa el sentido del fin de la acción.

En cuanto a la omisión (parte negativa de la acción) afirman los causalistas, se presenta cuando no se realiza el movimiento corporal esperado, que debía producir un cambio en el mundo exterior.

⁴ ORELLANA WJARCO OCTAVIO, "La teoría del delito", Edit. Porrúa, segunda edic. México 1993.

violándose una forma imperativa, es decir, una norma que ordenaba un hacer.

La teoría causalista se fundamenta en el principio de causalidad natural: todo resultado es producto de una causa. Este principio se sustenta en tres elementos: una causa, un nexo causal y un efecto.

En la comisión de un delito, la causa es la acción (acción u omisión); el efecto es el resultado material o jurídico que ha generado la acción; el nexo causal es el lazo que une la acción con el resultado.

La teoría causalista se fortalece en 1906 con la teoría de Beling sobre el tipo y así surge con todo vigor el segundo elemento del delito, la tipicidad.

Podemos afirmar que esta es una gran aportación del causalismo a la teoría general del delito, porque la tipicidad se convierte no solo en un fundamento de la sistematización del delito, sino además en garantía de libertad, a fin de que el juez tenga siempre un marco de referencia preciso, evitando así la aplicación analógica y caprichosa del derecho penal.

Para Beling el tipo es la descripción legal del delito, desprovista de todo carácter voluntario. "Fernando Castellanos afirma que el tipo es la creación legislativa, de descripción, que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales; mientras que la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto".⁵

El concepto de tipo es el segundo, no porque sea menos importante, sino porque los conceptos se encuentran ordenados de tal forma, que cada concepto posterior supone que ya se ha abarcado al que precede, y de esta forma se va dando un estudio en forma ascendente.

⁵ ROMERO TEQUEXTLE GREGORIO, "Cuerpo del delito o elementos del tipo", OGS editores, México 1999, pag 6.

Cuando Beling incorpora el concepto de tipo, lo define como la descripción que la ley hace, de una conducta que es sancionada por el derecho penal. De tal manera que no existe un delito, si no hay un tipo que describa cuál es la conducta que esta sancionada.

Para poder diferenciar el tipo de la antijuricidad, Beling señala que en el tipo no hay ninguna valoración de tipo jurídico, ya que esta se va hacer cuando se tenga que decidir si la acción típica es antijurídica. Por lo tanto, el tipo es valorativamente neutro.

Para poder diferenciar el tipo de la culpabilidad, se establece que el tipo es objetivo, es decir, que " todo suceso subjetivo, transcurrido en el interior anímico del autor, no corresponde al tipo penal".⁶ Esto lo hace Beling porque en el concepto de culpabilidad es donde se encuentra todo lo que es subjetivo.

El tercer elemento del delito es la antijuricidad que consiste en la contradicción entre el hecho realizado y el derecho, o sea, la ausencia de un "permiso", de una causa de justificación que autorice a realizar la conducta típica.

La antijuricidad es objetiva, porque el juicio que determina la desaprobación del derecho recae sobre la acción (que es objetiva) y sobre el tipo (que también es objetivo).

Von Liszt además de dar una definición formal de la antijuricidad, señala que tiene un contenido material. Para él, una conducta es antijurídica en el momento en que es contraria a la sociedad.

La manera de razonar de Liszt lleva a Max E. Mayer a idear la teoría de las normas de cultura a las que define como prohibiciones y mandatos que tienen la finalidad de proteger los intereses sociales.

⁶ ROXIN CLAUS, " Teoría del tipo penal", Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina 1979, pag. 57.

El causalismo definió en un principio a la antijuricidad, como lo contrario a derecho; sin embargo Max Ernesto Mayer, se da cuenta de que la persona al cometer el delito, no hace lo contrario a la ley, sino que precisamente su conducta se ajusta a lo prescrito por la ley en el tipo; por tal razón sostiene lo siguiente:

"El orden jurídico es un orden de cultura y como infracción de las normas de cultura concibe lo antijurídico. La sociedad es una comunidad de intereses que tutela el conjunto de ellos en el concepto unitario de la cultura. Normas de cultura son órdenes y prohibiciones por los que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a su interés. Es antijurídica aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado".⁷

Siguiendo los pasos de Mayer varios autores han explicado este importante desarrollo de la antijuricidad entre otros Carlos Binding, quien expuso que "al cometerse un delito, esto no resulta contrario a la ley, puesto que la conducta del sujeto activo se ajusta a lo previsto en la ley penal, lo que viola dicho sujeto no es la ley sino la norma subyacente en la ley."⁸

Para los causalistas como Ignacio Villalobos, hay dos clases de antijuricidad, la material y la formal. El contenido material de la antijuricidad consiste en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos o de los intereses jurídicamente protegidos, o en el sólo atentado contra el orden instituido por los preceptos legales. La antijuricidad formal es la infracción a las leyes.

Finalmente la culpabilidad es definida como una relación subjetiva entre el hecho y el autor, por lo tanto es explicada en forma psicológica.

⁷ ROMERO TEQUEXILE GREGORIO, "Cuerpo del delito o elementos del tipo" OGS editores, México 1999. Pag. 6.

⁸ Ibid. Pag 7.

La culpabilidad tiene dos especies el dolo y la culpa. El dolo es la más grave reprobación de la conducta, es la culpabilidad máxima y se da cuando el autor conoce los elementos del tipo, los quiere y además tiene conocimiento de que la acción es antijurídica o de que lo es posiblemente, aunque hay que hacer una aclaración de que para Von Liszt, la conciencia de la antijuricidad no es un elemento integrante del concepto de dolo.

La segunda especie de la culpabilidad es la culpa, la cual es entendida como imprudencia, consistente en generar un resultado que no se había previsto (siendo previsible) o bien, en producir un resultado por no actuar diligentemente si éste resultado ya se había previsto pero se confiaba en que no se produciría.

Para los causalistas como Franz Von Liszt, la culpabilidad va a sintetizarse sobre una base de relaciones naturalísticas que reafirman el carácter causalista de este sistema. La culpabilidad viene a ser una relación natural, en este caso una relación psicológica entre el sujeto y el acto.

El maestro mexicano Celestino Porte Petit, define a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado del acto.⁹

El maestro Ignacio Villalobos afirma que la culpabilidad se funda en la imputabilidad; a la que define el penalista Fernando Castellanos; como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal.¹⁰

Como lo hemos señalado los causalistas consideran como especies de la culpabilidad al dolo y a la culpa, aunque hay algunos autores que incluyen a la preterintencionalidad como otra subespecie de la culpabilidad.

⁹ *Ibid.* Pág. 9.

¹⁰ *Ibidem.*

Al dolo se le define según Eugenio Cuello Calón como la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso. Definiendo a la culpa como el actuar sin intención y sin diligencia debida, causando con ello un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.

Siendo la definición de Edmundo Mezger la siguiente; "Actúa culpablemente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever."¹¹

IV.2. NEOCAUSALISMO.

Esta nueva manera de ver el delito también es conocida como causalismo valorativo porque sigue teniendo como punto de partida el concepto de acción causalista, pero en los demás estratos del delito se van incorporando cambios que se generan como producto de la evolución de la dogmática penal.

Los cambios principales dentro de esta teoría penal devienen de los descubrimientos de los elementos normativos y los elementos subjetivos del tipo, que ponen en crisis las referencias causalistas y que plantean una nueva concepción de los principales conceptos que se venían manejando como son el concepto de tipo, el de antijuridicidad y el de culpabilidad.

IV.2.1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.

Dentro del causalismo valorativo Max Ernest Mayer tiene la agudeza para percatarse que dentro de las descripciones que establecen los tipos penales, se encuentran elementos que no pueden ser captados por los sentidos; por ejemplo en el tipo de robo que

¹¹ MEZGER, Edmundo, "Tratado de Derecho Penal", Tomo II, pag.171, 2ª Edición, Madrid Cíado por Castellanos Fernando, "Lineamientos de Derecho Penal", Editorial Porra, 1991. Pag.245.

establece nuestro código penal en su artículo 367 se señala que comete el delito de robo "el que se apodera de una cosa ajena mueble...", aquí el elemento que no puede ser captado por los sentidos es la "ajeneidad" o el elemento ajeno.

Para poder determinar si la cosa es ajena hay que hacer una valoración y ésta es el problema porque BeIng, cuando incorpora el concepto de tipo señala que el tipo es valorativamente neutro.

Este mismo problema se presenta en varios tipos penales, cuando se señala "falsedad", "honestidad", etc. Por ello Max Ernest Mayer establece que los elementos antes mencionados, que se conocen como elementos normativos, son "cuerpos extraños dentro del tipo penal valorativamente neutro...elementos extraños dentro del tipo penal"¹²

Como las valoraciones no se realizan dentro del tipo penal sino dentro de la antijuricidad, entonces se establece que existe una fuerte relación entre lo que es el tipo y lo que es la antijuricidad, por lo que Mayer señala que los elementos normativos no solo denotan la antijuricidad sino que verdaderamente la fundamentan.

Él imagina que la relación entre tipicidad y la antijuricidad es como la que existe entre el humo y el fuego, la presencia del humo no es prueba determinante de que exista el fuego, pero esto es lo más probable.

Más tarde en 1929 Erik Wolf señala que todos los elementos del tipo son normativos porque "la descripción de hechos y la valoración de hechos no son separables".¹³

Aquí es donde aparece uno de los representantes más significativos del causalismo valorativo, Edmundo Mezger, quien

¹² ROXIN CLAUS, "Teoría del Tipo Penal", Editorial Depalma, Buenos Aires Argentina, 1979, pag. 62.

¹³ *Ibid* Pag. 64.

establece que no es natural la separación entre la antijuricidad y la tipicidad por lo que él los une en lo que denomina tipo del injusto.

Mezger se encuentra con un gran número de elementos normativos que clasifica en jurídicos, culturales y subjetivos. Señala que en el tipo ya se encuentra un juicio de disvalor que es provisorio si se demuestra que la acción no es antijurídica.

Antes que Mezger, otro gran jurista Guillermo Sauer, había señalado en 1921 que el tipo es "una antijuricidad típicamente acuñada"¹⁴. Sauer y Mezger convierten las causales de justificación en elementos negativos del tipo, con los cuales no solo se elimina la antijuricidad sino también la tipicidad.

Otro de los cambios importantes realizados a la teoría causalista se desprende del hecho de haberse descubierto los elementos subjetivos del autor de la acción, también llamados elementos subjetivos del injusto o del tipo.

Hegel en 1815 y años más tarde Mezger, descubren estos elementos subjetivos. Se dan cuenta de que en algunos tipos si exigen ciertos "momentos especiales del ánimo" como por ejemplo que la acción se realice "brutalmente", "con maldad", o bien que la acción se realice con un propósito sólo verificable en un futuro, por ejemplo el privar de la libertad "con la finalidad de pedir rescate" o "con el propósito de realizar un acto sexual". En estos últimos casos los delitos son diferentes y sólo sabremos cual es el que se cometió si atendemos a la intención del autor.

Además de los elementos subjetivos ya apuntados, nos encontramos con que el dolo es un elemento del tipo en los casos de tentativa, porque en estos casos lo que se castiga no es el resultado debido a que éste no se produce, sino la intención de producir el resultado.

Un cambio más que ocurrió respecto a la teoría clásica y que incidiría sobre la culpabilidad. En 1907 Frank establece que la culpabilidad también consiste en un juicio de valor, en un "reproche". Culpabilidad es reprochabilidad, es decir, es un juicio de reproche que se hace al autor. Esta es la llamada concepción normativa de la culpabilidad que señala ya, que la culpabilidad no era la relación psíquica entre el autor y su hecho, sino un juicio de reproche que recaía sobre el autor.

El autor es culpable si tuvo la posibilidad de comportarse de otra manera diversa a la comisión del delito y no lo hizo. Dhona en 1935 distinguiría claramente entre la culpabilidad como valoración y al dolo como el objeto de dicha valoración.

IV.3. FINALISMO.

En 1930 el autor alemán Hans Welzel publica su libro "Derecho Penal Alemán" y en él expone las bases de una nueva teoría contradictoria del causalismo, a la que asigno el nombre de finalismo.

Welzel afirma que la teoría causalista es errónea porque desconoce la diferencia positiva entre delitos dolosos y culposos; comienza haciendo una análisis de la acción, para demostrar que no es un simple acontecimiento causal, sino dirigido a una meta, a un fin. La causalidad es ciega, afirma, en tanto la finalidad es vidente.

Nicolai Hartmann en su ética publicada en Berlín en 1896, expuso la tesis sobre la estructura del proceso finalista, para demostrar precisamente que los órdenes humanos no responden al causalismo de los ordenamientos naturales, sino a las tres etapas siguientes:

- a) El de la concepción del orden;
- b) El de la elección de los medios para el logro de la finalidad que se quiere alcanzar con dicho orden;

¹⁴ Ibid. Pág 65.

c) El de la realización efectiva del orden previamente proyectado.

En otras palabras primero es el fin y luego vendrá el procedimiento de decidir cómo y qué medios se utilizaran para la realización del objetivo, con el que, si se realiza, podrá alcanzarse el fin propuesto.

Welzel, al referirse a la acción culposa, afirma: "Mientras en la acción dolosa de la finalidad, la meta y el fin a conseguir, es factor configurado del proceso acción, en la culposa es sólo un momento de referencia. En la acción dolosa, todos los actos van dirigidos a una meta, lo que no ocurre en la culposa. Así por ejemplo: si con ocasión de limpiar un fusil, que el agente imprecavidamente no había descargado, éste se le dispara y resulta muerto un tercero, habrá que afirmar que la muerte de esta persona es la consecuencia ciega de la conducta imprudente, negligente, de limpiar el arma. El acontecimiento no está dirigido a una meta, sino que es causal-ciego; sin embargo, lo que eleva a este proceso a un simple proceso natural ciego, es la circunstancia de ser evitable finalmente. Este suceder es en verdad causal-ciego, pero está referido a la finalidad (esto es, a la posible actividad finalista del agente). Por ello, la acción culposa, omitiendo, es más que caso fortuito ciego: es genuina acción."¹⁵

IV. 3. 1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.

Para la teoría finalista de la Acción, la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista.

La acción es, por tanto un acontecimiento finalista y no solamente causal. Se afirma que la finalidad es vidente y la causalidad es ciega. Se dice que es vidente porque el actuar va dirigido conscientemente a la realización a través de la acción.

En otras palabras en la acción finalista, no se trata de actuar sujeto al principio causalista de relación causa-efecto, sino que se trata de una acción humana sujeta a la voluntad que decide, siguiendo un fin concebido con anterioridad.

Es en el tipo y en la tipicidad en donde se encuentra la característica fundamental del finalismo. Sobre este respecto Francisco Muñoz Conde dice: "La acción u omisión humanas subsumibles en el tipo no son simples procesos causales ciegos, sino procesos causales regidos por la voluntad, de ahí se desprende que, ya a nivel de tipicidad debe tenerse en cuenta el contenido de esa voluntad (fin, efectos conminantes, selección de medios, etc.). Por eso el tipo de injusto tiene tanto una vertiente objetiva, como una subjetiva."¹⁵

De dicha manifestación se desprende que los finalistas le dan especial importancia a los elementos subjetivos del tipo, en donde ubican precisamente el dolo y la culpa.

Como afirma Márquez Piñeiro esto es lo que más ha molestado a los causalistas, ya que el finalismo traslada el dolo y la culpa a los elementos del tipo, arrebatándoselos a la culpabilidad que es donde los tiene ubicados el causalismo.

El punto de partida de cualquier valoración penal debe ser según el finalismo la acción fundada intencionalmente.

La acción desde éste punto de vista tiene una parte que se desarrolla dentro del mundo físico y otra que se desarrolla en el mundo psíquico. Se puede afirmar que las dos partes que integran la acción son por una parte la voluntad y por otra, la manifestación de esa voluntad.

¹⁵ MÁRQUEZ PIÑEIRO, Rafael, "Derecho Penal", Edit. Trillas, 1994, pag 161.

¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, "Teoría General del Delito", Editorial Temis, pag.53.

La parte subjetiva de la acción que es la voluntad, consiste en querer algo; pero para querer es necesario conocer por lo que la voluntad se debe de basar en un elemento cognitivo

Por otra parte la manifestación de la voluntad es lo que va a desencadenar una serie de acontecimientos causales naturales. Consistente en un movimiento o en lo que Belling denominaba "inervación muscular".

Weizel es muy claro al señalar que toda acción humana es "ejercicio de actividad final... actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin... por eso la finalidad es "vidente"...¹⁷

Lo interesante es que partiendo de esta base se deduce que si la acción debe de ser típica, al momento de entrar la acción en el tipo no se puede desprender de alguno de sus dos elementos constitutivos.

De esto se desprende que el tipo debe tener dos partes, una parte objetiva y otra subjetiva para dar cabida a los dos componentes de la acción. Pero como el dolo es precisamente conocer y querer (lo cual coincide con el aspecto subjetivo de la acción) entonces el dolo formaría parte del tipo y no tendría porque estar en la culpabilidad.

Al momento de realizar el traslado del dolo al tipo, Weizel lo depura, pasando solo como dolo al tipo el conocer y querer y deja fuera del concepto de dolo a la conciencia de la antijuricidad, que se quedará formando parte de la culpabilidad como un concepto independiente.

De esta forma ya tenemos a un tipo con dos partes, una objetiva, donde estarán todos los elementos descriptivos y normativos del tipo, y otra parte subjetiva donde estará el dolo y, cabe también, los elementos subjetivos del tipo diversos al dolo.

Francisco Muñoz Conde nos dice que el término antijuricidad "expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con otras categorías de la teoría del delito, la antijuricidad no es un concepto específico del derecho penal, sino un concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo."¹⁸

La teoría finalista distingue entre antijuricidad e injusto. La antijuricidad es una contradicción entre los miembros de una relación; lo injusto, por el contrario, es algo sustancial; la conducta antijurídica misma: la perturbación arbitraria de la posesión el hurto, la tentativa de homicidio. La antijuricidad es una cualidad de estas formas de conducta y precisamente la contradicción en que se encuentran con el ordenamiento jurídico.

Cabe señalar que los finalistas toman muy en cuenta en los elementos subjetivos a la antijuricidad, no sólo los objetivos como el causalismo.

El finalismo pone énfasis en la voluntad de la acción finalista, no en el mero resultado, así se explica por qué los tocamientos o caricias, acción básica de un delito de abuso sexual, sólo llegan a ser antijurídicas, si llevan un propósito erótico sexual.

Lo anterior nos demuestra que la antijuricidad consistirá en un juicio que se haga sobre el hecho (tanto a la parte objetiva como a la parte subjetiva) para averiguar si el derecho en su totalidad lo permite o no lo permite.

Llegando a lo que es la culpabilidad, Welzel retoma el concepto normativo de culpabilidad; que es el que la entiende como reprochabilidad, es decir, que a una persona le será reprochable su

¹⁷ WELZEL HANS, "Derecho Penal Alemán", Editorial Jurídica de Chile, 1993. Pag. 46.

¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit, nota 16. Pag 174.

hecho si pudo en su circunstancia específica evitarlo y sin embargo decidió no hacerlo.

La culpabilidad tiene varios elementos como lo es primeramente la imputabilidad, en segundo lugar como ya se dijo la conciencia de la antijuricidad que como ya se señaló, se quedo como concepto autónomo separado del dolo y por último la no-exigibilidad de una conducta diversa.

El dolo pasa al tipo, lo mismo que en su caso, la culpa. La culpa no es otra cosa que falta de cuidado objetivo y por lo tanto está en la parte objetiva del tipo, en el caso de que el delito sea culposo ya que no pueden convivir el dolo y la culpa dentro de un mismo tipo.

Nos queda claro que para los finalistas como Muñoz Conde, actúa culpablemente quien comete un acto antijurídico, pudiendo actuar de un modo distinto, es decir conforme a derecho.

Para los finalistas la integración de la culpabilidad, se realiza con los siguientes elementos valorativos: imputabilidad (capacidad de cognocencia) y capacidad de motivación, (cognocibilidad, posibilidad de conocimiento de la ilicitud del injusto) y exigibilidad de la conducta, consecuente con la norma.

Maurach, citado por Márquez Piñero señala que el juicio desvalorativo de la culpabilidad supone la reprochabilidad – al agente – de su acción no conforme a derecho; se le reprocha su actividad injusta cuando pudo ajustarse a la normación jurídica establecida.

IV.4. INFLUENCIAS EN LOS ARTICULOS 16 Y 19 CONSTITUCIONALES.

El derecho penal mexicano forjado en el sistema causalista; a partir de las reformas de los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en 1983 y de los Códigos

de Procedimientos Penales en 1994, específicamente los artículos 168 del Código federal y 122 del Código del Distrito Federal, se aparta de dicho sistema y se inicia en el sistema finalista, dejando el tradicional concepto de cuerpo del delito, al que sustituye por el de elementos del tipo.

El finalismo no es sólo un sistema teórico penal, con profundas raíces en la filosofía de Kant y Nicolai Hartmann, en una búsqueda importante de un derecho penal de los países democráticos, en los que precisa fortalecer y respetar la garantía de seguridad jurídica de los gobernados, a fin de que la autoridad investigadora no ejerza la acción penal basada sólo en los elementos materiales del tipo, sino también en los elementos subjetivos y normativos, que permiten desechar la simple sospecha y fundamentar la probable responsabilidad del inculpado.

Frecuentemente se han realizado reformas al Código Penal y de Procedimientos Penales, pero siempre se trató de ajustarlas a los lineamientos generales establecidos por la Constitución, del primero trataremos de hacer un breve análisis en el próximo capítulo, de los segundos ya nos hemos referido en el capítulo respectivo al Proceso Penal.

El 3 de septiembre de 1993, aparecieron en el Diario Oficial de la Federación las reformas a los artículos 18 y 19 de la Constitución General de la República en los que se publicó el concepto de "elementos del tipo", obligando al Agente del Ministerio Público que para el ejercicio de la acción penal, acreditara en la averiguación previa los elementos del tipo y al Juez a cerciorarse de que estos estuvieran acreditados para girar la correspondiente orden de aprehensión.

En el artículo 19 también se señaló al Juez la obligación de que para dictar un Auto de Formal Prisión, analizará con la debida precisión, si estaban acreditados los elementos del tipo.

Como se ve en la reforma a estos artículos y muy especialmente al 19, el tradicional concepto de la doctrina y la jurisprudencia mexicana "cuerpo del delito" dejó de existir y se sustituyó por el concepto "elementos del tipo".

Aunque los finalistas mexicanos lo niegan, este cambio de conceptos, tiene enorme trascendencia, pues como se afirma con las reformas a los Códigos de Procedimientos Penales, el Derecho Penal Mexicano deja el tradicionalmente aceptado sistema del causalismo, para iniciar su aventura en el sistema finalista, haciendo un retorno al primero el 8 de marzo de 1999.

CAPITULO QUINTO.

“LEGISLACIÓN PENAL EN MÉXICO.”

V.1. CÓDIGO DE 1871.

V.2. CÓDIGO DE 1929.

V.3. CÓDIGO DE 1931.

CAPITULO QUINTO.

"LEGISLACIÓN PENAL EN MÉXICO."

Hemos analizado con anterioridad el contenido de las leyes adjetivas que han regido el proceso penal en México, ahora es menester hacer un breve recorrido por la legislación sustantiva más "reciente" en nuestro país y que lo coloca según algunos autores, aunque tarde, seguidor de los avances de la dogmática penal.

V.1. CÓDIGO DE 1871.

Nuestra legislación Penal federal ha transitado prácticamente en todos los modelos de pensamiento penal, desde la escuela clásica, hasta la teoría finalista del delito. El primer Código Penal que tuvo México se llamó "Código Penal para el Distrito federal y Territorios de Baja California sobre delitos del fuero común y para toda la República sobre delitos contra la Federación" y nació el 7 de diciembre de 1871, entrando en vigor el 2 de abril de 1872.

Este Código tiene su más alta influencia en la escuela Clásica, que consideró por primera vez, al delito como un ente jurídico, caracterizado por dos elementos: uno interno y subjetivo que consistía en la moral, o sea, la libre voluntad del autor que transgrede una ley penal; y otro externo o físico que consiste en el daño material causado por el hacer.

La figura más representativa de esta escuela lo fue Francisco Carrará quien considera al derecho penal como la realización del orden moral y fundaba la responsabilidad moral en el libre arbitrio, siendo precisamente la imputabilidad moral la base de la ciencia penal; así lo deja ver al señalar que " el hombre está sometido a las

leyes criminales en virtud de su naturaleza moral, y por lo tanto, nadie puede ser políticamente responsable de un acto del cual no sea responsable moralmente¹

La base del delito entonces no era la acción, ya que Carrara incluso aclaró que entendía al delito como una infracción, señalando que la noción del delito "no se deduce de un hecho material ni de la prohibición de la ley aisladamente considerados, sino del conflicto entre aquél y ésta."²

Este primer Código considera a la sanción penal como un mal impuesto al autor como retribución por su hecho, haciendo un esfuerzo para definir las conductas merecedoras de sanción penal, buscando evitar abusos y arbitrariedades.

Carrara define al delito como " la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso."³

Salta a la vista la filiación teórica con la escuela Clásica en este primer Código Penal Federal, así su artículo cuarto define al delito como "la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda"⁴

Esta Código hace una diferencia entre delitos y faltas, considera que una falta es "la infracción de los reglamentos o bandos de policía y buen gobierno."⁵ También se señalan diferencias entre los delitos de culpa y los intencionales, el delito intencional es " el que se comete con conocimiento de que el hecho o la omisión en que consiste son

¹ CARRARA FRANCISCO, "Programa de Derecho Criminal, Parte General, Vol. I", Editorial Temis, Colombia 1971, pag 49.

² Idem...pag 50.

³ Idem...pag 43

⁴ Código Penal Federal y Territorios de la Baja California sobre delitos del Fuero Común y para toda la República sobre delitos contra la Federación, México, D.F. 1871, artículo 4°.

⁵ Idem...art.5

punibles.⁶ El artículo noveno por su parte señalaba que si se probaba que se había violado una ley penal, entonces se presumiría el dolo, claro antes de probarlo, la ley señalaba que "todo acusado será tenido como inocente".⁷

El artículo once define a la culpa en cinco fracciones en donde se incorporo el exceso de legítima defensa, todas las acciones u omisiones que produjesen consecuencias antijurídicas, aunque dichas conductas fueran en un inicio lícitas, siempre que las consecuencias fueren resultado de la imprevisión, negligencia, falta de cuidado, por impericia entre otras.

La regla para la sanción de la culpa consistía en que sólo era punible si esta se consumaba y si el hecho de haberse cometido en forma intencional estaba penado con más de un mes de arresto. Los delitos de culpa se dividían en leves y graves, a excepción hecha de muy pocos casos, el juez, con su prudente arbitrio, decidía la levedad o gravedad de la culpa, tomando en consideración "la mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño; si bastaban para esto una reflexión o atención ordinaria y conocimientos comunes en algún arte o ciencia..."⁸, además de que se tomaba en cuenta la reincidencia en condiciones semejantes entre otras cosas.

Por otra parte los delitos intencionales se distinguían en cuatro grados:

- I.- Conato.
- II.- Delito intentado.
- III.- Delito frustrado.
- IV.- Delito consumado.

El conato se da cuando no se llega ni al acto que constituye el delito, pero se realizan hechos encaminados a la realización (lo que la doctrina llama tentativa inacabada); el delito intentado es aquél que

⁶ Idem...art.6

⁷ Idem...art.8

⁸ Idem...art.16

resulta *ex post* irrealizable (llamado delito imposible); mientras que el delito frustrado es el que no logra consumarse por causas ajenas al autor.

Este Código Federal castigaba la reincidencia cuando el segundo o subsecuente delito cometido "procede de la misma pasión o inclinación viciosa... y no ha transcurrido además del término de la pena impuesta, una mitad del señalado para la prescripción de aquella."⁹

Las causas excluyentes de responsabilidad criminal estaban señaladas en el artículo treinta y cuatro, en el que se incluían: la enajenación mental, locura transitoria, la embriaguez total si no era habitual y no hay antecedentes previos, la pérdida de razón por decrepitud, ser menor de nueve años, ser menor de catorce y mayor de nueve si no se prueba que se tenía conciencia de la antijuridicidad, la sordomudez, la legítima defensa, obrar debido a una fuerza física irresistible, temor fundado que es causado por fuerza moral, el estado de necesidad, el ejercicio de un deber, algún impedimento legítimo, la obediencia a un superior jerárquico y el caso fortuito.

El Código penal señala la existencia de atenuantes y agravantes de cuatro clases; siendo por ejemplo de primera clase el haber observado buenas costumbres o lo que ahora se conoce como emoción violenta; son atenuantes de segunda clase entregarse voluntariamente a las autoridades y confesar; son atenuantes de tercera clase el procurar impedir las consecuencias del delito.

En cuanto a las agravantes, son de primera clase el cometer el delito aprovechando la noche o un despoblado; son de segunda clase el utilizar engaño o delinquir en un cementerio o templo; de tercera clase el delinquir al estar cumpliendo una condena o cometer el delito en un centro de reunión pública como un teatro; y de cuarta clase cometer el delito por retribución dada o prometida.

Por lo que toca a los responsables de los delitos el Código señala a los autores, los cómplices, los encubridores, aclarando que son autores los que conciben o resuelvan cometer el delito, como los que lo ejecuten materialmente. Como la teoría de la pena aceptada por el Código es la retributiva, se prevé como sanción la pena de muerte, aunque esta no se aplicaba ni a las mujeres, ni a los ancianos.

V.2. CÓDIGO DE 1929.

Después de la larga vida del Código de 1871, en 1929 se elaboró un nuevo Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, este nuevo Código hace tomar carta de naturalización en México a la Escuela Positiva (positivista).

Esta escuela comienza con Cesar Lombroso, un médico de Viena que creyó encontrar la causa de la delincuencia en características antropológicas determinadas, por lo que entendía al delincuente como un hombre atávico provisto de estigmas. Con ello identificaba al criminal nato, que tenía entre otras características la frente huidiza, un excesivo desarrollo de los cigotomas, protuberancia occipital, fosas orbitarias grandes y una desproporción entre la caja craneana y el desarrollo del cerebro.

Con el tiempo Lombroso cambia su punto de vista y sólo reconoce un tercio de los delincuentes como delincuentes de nacimiento, al mismo tiempo que acepta otros factores criminógenos, como son los factores sociales y económicos.

Garófalo en 1885 elabora un concepto de delito natural para poder hacer manejable el concepto de delito sin necesidad de recurrir al derecho penal. De esta manera define el delito como "la violación mediante acciones socialmente nocivas, de los sentimientos altruistas

⁹ Idem., art. 29

fundamentales de piedad y de probidad en la medida en que son poseídos por una comunidad, en aquella medida indispensable para la adaptación del individuo en sociedad".¹⁰

La definición de delito natural fue inmediatamente criticada, incluso por los positivistas, entre los que destaca Enrique Ferri, que en 1896 incorpora los factores sociales como causas de la delincuencia, fundando con ello la sociología criminal. Esta escuela niega la existencia del libre albedrío y funda la imputabilidad en el hecho de vivir en sociedad y debido a ello una persona debe responder ante la sociedad por sus faltas ya que el derecho es un producto social y el delito es un indicio que rebela la peligrosidad social del autor. De esta manera la peligrosidad del autor pasa a ser uno de los conceptos fundamentales de ésta Escuela.

Garófalo habla de la "tembilita" o temibilidad y la define como "la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que temer del mismo delincuente."¹¹ Rocco sostiene que la temibilidad es la consecuencia de la peligrosidad y por lo tanto no hay que confundirlas, pero aún así, lo importante de este concepto es innegable ya que sirve para fundamentar las sanciones impuestas a los que tienen una escasa o nula capacidad para responder por sus actos debido a locuras o cualquier tipo de trastorno o retraso mental.

De esta manera tenemos que el delito es un fenómeno social natural, que es producido por causas biológicas y sociales principalmente; que el delincuente actúa determinado por éstas características físicas y biológicas por lo que se niega el libre albedrío y la pena debe de servir como "defensa social". Además de que si el delincuente es una especie de anormal o enfermo, entonces hay que "curarlo" o "rehabilitarlo" para que pueda convivir adecuadamente con la sociedad.

¹⁰ GÖPPINGER HANS, "Criminología", Editorial Reus, Madrid, España 1975. Pag.23

¹¹ GAROFALO, "La criminología", Editorial España moderna, España, pag.403

Es precisamente en este marco teórico en donde se desarrolla el Código Federal de 1929. En su artículo 32 habla del "estado peligroso", el cual ha de ser sancionado, además de hablar ya de defensa social. Es considerado en "estado peligroso; a todo aquél que sin justificación legal cometa un acto de los conminados con una sanción en el libro tercero del Código Penal".¹²

De la misma manera que el Código Penal anterior, no se considera a la ignorancia de la ley como exculpante: "Nadie podrá alegar ignorancia de las prevenciones de éste código, las cuales obligan a todos."¹³ Es sabido que el principio de que la ignorancia de la ley no dispensa su cumplimiento es de data muy antigua.

Por otra parte se define al delito como "la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal"¹⁴. En esta definición se observa que el acento está puesto sobre la lesión de un derecho, lo que se prohíbe son los resultados, se impone una sanción penal porque la acción es disvaliosa por el resultado.

En este Código Penal se sigue presumiendo el dolo, su artículo catorce señala: "Todo delito se presume intencional a no ser que se pruebe lo contrario"¹⁵. La implicación de este artículo es muy importante ya que reviste el principio de presunción de inocencia y muestra al probable responsable como culpable a menos de que él demuestre que es inocente. Con ésta forma de proceder se revierte la carga de la prueba que ahora recae no sobre el que acusa, sino el acusado.

La escuela del positivismo sufrió algunos cambios por juristas que solo tomaron como válidos algunos principios y rechazaron otros, para poder hacer una mixtura y crear lo que se conoce como "terza scuola" con personalidades como Alimena y Carnevale en Italia, mientras que en Alemania se forma la Escuela Sociológica de Von

¹² Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, México DF. 1929. Artículo 32.

¹³ Idem...art.3

¹⁴ Idem...art.11

Liszt, quien en su programa de Marburgo señala que la prevención es la finalidad de la pena: "La pena es secuestro del delincuente, transitoria o persistente neutralización, expulsión de la comunidad o aislamiento dentro de ella".¹⁵

Esta teoría de la pena es la adecuada si se considera que el delito cometido es lo que revela la peligrosidad de una persona, de esta manera las atenuantes o las agravantes solo determinan la temibilidad del delincuente y con ello la graduación de las sanciones como lo menciona el artículo 47.

Si las atenuantes o las agravantes van a determinar la medida y la naturaleza de la sanción, es necesario que también las atenuantes o agravantes se encuentren subclasificadas o graduadas. Por ello el Código Penal de 1929 las clasifica de la siguiente manera:

—Primera clase; artículo 56, son los que ahora se denominan de emoción violenta.

—Segunda clase; artículo 57, en los que sobresalen el temor reverencial y el entregarse espontáneamente para ser juzgado.

—Tercera clase; artículo 58, y sobresalen la atenuación por haber procedido provocación o una amenaza grave por parte del ofendido.

—Cuarta clase; artículo 59, sobresalen la fuerza física y moral difícil de superar.

Las agravantes se clasifican así:

—Primera clase; artículo 60, el emplear el engaño, la noche o el despoblado, el ser instruido, sacerdote o ministro de cualquier religión.

—Segunda clase; artículo 61, emplear astucia, abuso leve de confianza.

—Tercera clase; artículo 62, valerse de llaves falsas, oradación o escalamiento o cometer el delito durante un espectáculo público.

¹⁵ Idem. m. 14.

¹⁶ VON LISZT, "La idea del fin en el derecho penal", Editado por UNAM y la Univ. De Valparaíso de Chile. México, 1994, pag. 12

—Cuarta clase; artículo 63, retribución dada o prometida, abuso grave de confianza, cometer el delito mediante incendio, inundación o veneno.

No es extraño que se considere como atenuante una acción posterior a la comisión del hecho delictivo, ya que como este revela la peligrosidad de la persona, si ésta se entrega voluntariamente, esto demuestra su poca temibilidad.

Por otra parte el ser instruido aumenta la peligrosidad del autor, ya que cuenta con *más elementos para delinquir*. Finalmente se clasifica a *los delincuentes en primodelincuentes, reincidentes y habituales*, es la complementación del pensamiento positivista que supone que el delincuente es una especie de enfermo o de trastornado.

V.3. CÓDIGO DE 1931.

Este Código Penal, es el tercero y último y el que está en vigor hasta el día de hoy. Este Código Penal desde su nacimiento ha tenido una gran cantidad de reformas, motivo que ha llevado a pensar que el Código que actualmente nos rige ya no es el de 1931.

En su exposición de motivos se señala que no tiene esta nueva legislación ninguna filiación doctrinal especial, sino una tendencia ecléctica, es notorio un gran peso positivista italiano y a decir del doctor Moisés Moreno esto es "más propio de un Estado absolutista o autoritario"¹⁷

En este Código, el propósito es eliminar el casuismo y ampliar el arbitrio judicial a la hora de establecer la sanción; hacer efectiva la reparación del daño, simplificar el procedimiento, entre otras cosas. En la exposición de motivos se señala que se tiene como referencia

de éste Código a los dos anteriores Códigos Penales Federales, así como las obras de los juristas Jiménez de Asúa, Cuello Calón y las de Saldaña.¹⁸

En este Código el delito se define como "el acto u omisión que sancionan las leyes penales"¹⁹. Algo que no deja de llamar la atención, es que el dolo también en este Código se sigue presumiendo, con lo cual, como ya se ha señalado, se contraviene el principio de presunción de inocencia. Esto deriva de negarle al error de prohibición el papel de atenuante o excluyente de responsabilidad, éste por error que en aquella época se le denomina error de derecho.

Este Código Penal no sólo recepta el derecho penal del hecho, según el cual, no sólo es punible lo que la persona hace, sino que además recoge algunos casos en los que se castiga lo que la persona "es", como lo es el caso de la vagancia y la malvivencia. A esto se le llama derecho penal de autor que es propio de los Estados Autoritarios y no de los Estados de Derecho.

El tratamiento que se da en el Código a la tentativa deja claro que se trato de adoptar una postura ecléctica ya que se señala que en cuanto a la imposición de la sanción por la tentativa se estará a la "temibilidad" del autor y al grado que se hubiese alcanzado de la ejecución.

Por lo que toca a las personas que intervienen en la comisión de un delito no existió una clasificación cierta y clara sobre quienes son los autores y quienes son partícipes.

En su artículo quince el Código Penal establece diversas "circunstancias excluyentes de responsabilidad", título que se ha criticado por la desafortunada terminología que utiliza, ya que una circunstancia es algo que circunda o que esta alrededor de algo (en

¹⁷ Revista Mexicana de Justicia, N°1, Vol.IX, México 1991, pag.145.

¹⁸ Idem...pag.293.

¹⁹ LEYES PENALES MEXICANAS Tomo III, Edit. INACIPE, México 1979, pag.289.

este caso del hecho) y por lo tanto no forma parte de ese algo. Todos los casos que señala el artículo quince no son "circunstancias" sino elementos integrantes del hecho y que además lo caracterizan, como por ejemplo el actuar pero sin voluntad, debido a un impulso exterior físico irresistible.

El artículo quince incluye las excluyentes de inimputabilidad, legítima defensa, presunción de legítima defensa, el miedo grave y el temor fundado, el cumplimiento de un deber, la obediencia de un superior jerárquico y el caso fortuito. En su artículo veinte el código contempla a la reincidencia como una causa de agravación de la pena, y en general, se conserva el criterio de sancionar basándose la peligrosidad del autor o en su temibilidad, en lugar de basar la punibilidad en la culpabilidad.

En cuanto a las sanciones se prevé en algunos casos, penas privativas de libertad con un mínimo de tres días de prisión, lo cual no es muy adecuado. ¿De qué sirve estar tres días en prisión, después de un procedimiento muy largo (de meses en el mejor de los casos)? Estos casos absurdos, nos ponen en claro que se pensaba que las sanciones no tenían un propósito claro.

De forma sumamente criticable se establecen medidas de seguridad de duración indeterminada para los inimputables, de tal forma que es posible sea castigado más severamente que un imputable por un mismo hecho, esto se estableció pensando que los inimputables son personas de los que la sociedad se debe de proteger en forma mucho mayor.

En el Código se le dio poca importancia al principio de que el derecho penal es el último recurso que se debe de emplear, y por ello podemos observar dentro de su catálogo de delitos las lesiones simples, las injurias, el disparo de arma de fuego, que son hechos de poca relevancia y que podrían ser regutados por leyes administrativas o civiles.

Hay que aclarar que la mayoría de las características que se han mencionado del Código, ya no existen, debido a que se ha reformado de forma muy importante, por decretos publicados en el Diario Oficial de los días 13 de enero de 1984, 10 de enero de 1994 y 18 de mayo de 1999 entre otras.

Por lo que respecta a la teoría del delito que es más adecuada para interpretar éste Código en sus inicios, tenemos a la teoría causalista ideada por Von Liszt, básicamente se divide el delito en dos partes: una parte objetiva, en la que se encuentra la acción, la tipicidad y la antijuricidad; y en su parte subjetiva que correspondía a la culpabilidad, que era considerada como el nexa causal entre el autor y su hecho, como lo hemos señalado en capítulos anteriores.

CONCLUSIONES.

1.- Los diversos conceptos que tiene la palabra derecho derivan de su naturaleza, esencia, fines y características, por ello la literatura jurídica la define según la necesidad de utilización, por lo tanto, la propiedad u oportunidad de una definición puede ser juzgada solamente desde la realidad a la que se refiere, cada corriente jurídica e incluso cada autor caracteriza el derecho de diferente manera.

2.- El derecho para incorporar los valores de la sociedad, debe evolucionar con ella fomentando esencialmente los valores de la justicia y la seguridad jurídica.

3.- El derecho constitucional y la constitución, son la razón concatenada en que se da forma a la estructura de un Estado, estudiando con el primero sus elementos y regulando en la segunda sus necesidades.

4.- La ónticidad constitucional la encontramos cuando la carta magna da respuesta las necesidades de la población a quien se aplica, lo que se traduce en la evolución con el ser que la crea y la aplica.

5.- La política criminal del Estado Mexicano fundamentada en los artículos 16 y 19 constitucionales, es la que más cambios muestra e influencias de diversa índole desde sus antecedentes en diferentes numerales, contemplados en la Constitución Política de la Monarquía española hasta la actualidad, mostrando así que siempre será la política criminal perfectible.

6.- La ónticidad y las influencias externas, no son contradictorias en todos los caso, el ejemplo más claro nos lo

presenta la acertada aplicación de preceptos que a través del devenir histórico se han aplicado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que salvaguardan los principios de legalidad y garantía de competencia.

7.- La evolución del hombre ha mostrado cierto paralelismo para delimitar sus derechos entre unos y otros, desde la administración primitiva de justicia, caracterizada por la crueldad y los procesos rápidos hasta llegar al formalismo y la concesión de garantías de defensa que existen en la actualidad.

8.- La teoría causalista o clásica del delito es la primera que plantea elementos estructurados lógicamente, planteando a la acción como base de la estructura del delito.

9.- El tipo surge con todo vigor en 1906 como el segundo elemento del delito, y como la gran aportación del causalismo a la teoría general del delito, convirtiendo a la tipicidad en garantía de libertad a fin de que se tenga un marco de referencia preciso.

10.- El neocausalismo evoluciona la teoría causalista al descubrir los elementos normativos y subjetivos del tipo, lo que plantea una nueva concepción de los conceptos principales, como son el tipo, la antiñuricidad y la culpabilidad.

11.- Es el finalismo el que descubre el "ser" de la acción, encontrando un motor en ella dejando de lado el proceso causal-ciego.

12.- La concepción ontológica de la acción cambia todo el sistema penal al considerar como punto de partida de cualquier valoración penal a la acción fundada intencionalmente.

13.- La aplicación de las teorías causalista y finalista en las leyes penales mexicanas nos demuestran lo perfectible y superable que son éstas.

14.- Los Códigos Penales en México han transitado en las diversas ideas de su tiempo, siendo el reflejo de las ideas jurídico-penales dominantes, en la medida en que esas ideas eran conocidas por los mexicanos.

15.- La política criminal mexicana vigente es la muestra más clara de la ónticidad que existe en las leyes mexicanas, a través de su constante evolución, intentando ajustarse a las necesidades del ser al que se aplica, pero también obliga a revisar de manera anticipada las políticas sociales y económicas a la par de ella.

B I B L I O G R A F I A.

BACIGALUPO, ENRIQUE, "ESTUDIOS DE DERECHO PENAL Y POLITICA CRIMINAL", CÁRDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR, MÉXICO, 1989.

BARRITA LÓPEZ, FERNANDO, "DELITOS, SISTEMATICAS Y REFORMAS PENALES", MÉXICO, PORRÚA, 1995.

BAZDRESCH, LUIS, "GARANTÍAS CONSTITUCIONALES", MÉXICO, EDITORIAL TRILLAS, 1992.

BELING, ERNEST VON, "ESQUEMA DE DERECHO PENAL, LA DOCTRINA DEL DELITO TIPO", BUENOS AIRES DEPALMA, 1944.

BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, "LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES" 16ª EDICIÓN, MÉXICO, PORRÚA, 1992.

CARPISO MACGREGOR, JORGE, "LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917" 9ª EDICIÓN, MÉXICO, PORRÚA, 1982.

CARPIZOMACGREGOR, JORGE, "ESTUDIOS CONSTITUCIONALES" 4ª EDICIÓN, EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO, 1994.

CARRARA, FRANCISCO, "PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL PARTE GENERAL", EDITORIAL TEMIS, COLOMBIA 1971.

CASTELLANOS TENA, FERNANDO, "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL" 34ª EDICIÓN, MÉXICO, PORRÚA, 1994.

CÓDIGO PENAL FEDERAL Y TERRITORIOS DE LA BAJA CALIFORNIA SOBRE DELITOS DEL FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA SOBRE DELITOS CONTRA LA FEDERACIÓN, MÉXICO D.F., 1871.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES, MÉXICO D.F., 1929.

COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO, "DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES", EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO, 1998.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COORDINACIÓN EDITORIAL, JAVIER MORENO PADILLA, 11ª EDICIÓN, MÉXICO, TRILLAS, 1995.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EDITORIAL SISTA, MÉXICO, 2000.

DERECHOS DEL PUEBLO MEXICANO, "MÉXICO A TRAVÉS DE SUS CONSTITUCIONES LII LEGISLATURA", EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO.

ELPIDIO RAMÍREZ, "LÓGICA DEL TIPO EN EL DERECHO PENAL", MÉXICO, EDICIÓN JURÍDICA MEXICANA, 1970.

ESQUIVEL OBREGÓN, TORIBIO, "APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO EN MÉXICO", EDITORIAL POLIS, MÉXICO, 1937.

FURE CRISTINE, "LAS DECLARACIONES DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE DE 1789", 1ª EDICIÓN EN ESPAÑOL, MÉXICO, COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y FONDO DE CULTURA ECONOMICA, 1995.

GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO, "INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO", 35ª EDICIÓN, MÉXICO, PORRÚA, 1984.

GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, "CUADERNOS CONSTITUCIONALES MÉXICO-CENTROAMERICA: COMENTARIOS SOBRE LAS REFORMAS DE 1993 AL PROCEDIMIENTO PENAL FEDERAL", MÉXICO, UNAM, 1994.

GAROFALO, "LA CRIMINOLOGÍA", EDITORIAL ESPAÑA MODERNA, ESPAÑA.

GÓMEZ LARA, CIPRIANO, "TEORÍA GENERAL DEL PROCESO", MÉXICO, EDITORIAL HARLA, 1995.

GÖPPINGER, HANS, "CRIMINOLOGÍA", EDITORIAL REUS, MADRID ESPAÑA, 1975.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, "DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO", MÉXICO, UNAM, 1982, TOMO IV.

JESCHECK, HANS HERICH, "TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", VOLUMEN I, MADRID, BOSCH.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS "LECCIONES DE DERECHO PENAL" OBRA COMPILADA Y EDITADA, MÉXICO, EDICIÓN PEDAGÓGICA IBEROAMERICANA, 1995.

JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO, "DERECHO PENAL MEXICANO", TOMO I, MÉXICO, PORRÚA, 1983.

LEY DE AMPARO, EDITORIAL SISTA, MÉXICO, 2000.

LEYES PENALES MEXICANAS, TOMO III, EDITORIAL INACIPE, MÉXICO 1979.

LÓPEZ BETANCOURT, EDUARDO, "TEORÍA DEL DELITO", 4ª EDICIÓN, MÉXICO, PORRÚA, 1997.

MANCILLA OVANDO, JORGE ALBERTO, "LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Y SU APLICACIÓN EN EL PROCESO PENAL, ESTUDIO CONSTITUCIONAL DEL PROCESO PENAL" 3ª EDICIÓN, MÉXICO, PORRÚA, 1990.

MORINEAU, MARTHA, "DERECHO ROMANO", EDITORIAL HARLA, MÉXICO, 1995.

MARQUEZ PIÑERO, RAFAEL, "DERECHO PENAL; PARTE GENERAL" 3ª EDICIÓN, MÉXICO, TRILLAS, 1990.

MARTÍNEZ PINEDA, ANGEL, "EL PROCESO PENAL Y SU EXIGENCIA INTRINSECA", EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO, 1993.

MEZGER, EDMUNDO, "DERECHO PENAL; PARTE GENERAL",
TRADUCTOR RICARDO NUÑEZ, 2ª EDICIÓN. CÁRDENAS EDITOR Y
DISTRIBUIDOR, MÉXICO, 1990.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, "TEORÍA GENERAL DEL DELITO",
EDITORIAL TEMIS.

ORELLANO WIARCO, OCTAVIO ALBERTO, "TEORÍA DEL DELITO,
SISTEMAS CAUSALISTA Y FINALISTA", 3ª EDICIÓN, MÉXICO, PORRÚA,
1996.

PALOMAR DE MIGUEL, JUAN, "DICCIONARIO PARA JURISTAS",
MÉXICO, MAYO EDICIONES, 1981.

PORTE PETIT, CELESTINO, "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE
GENERAL DEL DERECHO PENAL" 16ª EDICIÓN, MÉXICO, PORRÚA 1994.
TOMO I.

PROGRAMA DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL, 16ª
EDICIÓN, MÉXICO, UNAM, 1988.

REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA, No. 1, VOL. IX, MÉXICO 1991.

REYNOSO DAVILA, ROBERTO, "TEORÍA GENERAL DEL DELITO"
MÉXICO, PORRÚA, 1995.

ROMERO TEQUEXTLE, GREGORIO, "CUERPO DEL DELITO O
ELEMENTOS DEL TIPO". OGS EDITORES, MÉXICO, 1999.

ROXIN CLAUS, "TEORÍA DEL TIPO PENAL" EDITORIAL DEPALMA,
BUENOS AIRES, ARGENTINA 1979..

SOBERANES, JOSÉ LUIS Y HECTOR FIX-ZAMUDIO
(COMPILADORES), "EL DERECHO EN MÉXICO", MÉXICO, FONDO DE
CULTURA ECONÓMICA, 1996.

TENA RAMÍREZ, FELIPE, "DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO"
EDITORIAL PORRÚA, MÉXICO, 1993.

VELA TREVIÑO, SERGIO, "CULPABILIDAD E INculpABILIDAD,
TEORÍA DEL DELITO", MÉXICO, EDITORIAL TRILLAS, 1993.

VON LISZT, "LA IDEA DEL FIN EN EL DERECHO PENAL", EDITADO
POR UNAM Y LA UNIVERSIDAD DE VALPARAISO DE CHILE, MÉXICO 1994.

WELZEL, HANS, "DERECHO PENAL ALEMÁN" EDITORIAL JURÍDICA
DE CHILE, 1993.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, "MANUEL DE DERECHO PENAL", 2ª
EDICIÓN, CÁRDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR, MÉXICO, 1991.