

502  
24



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

LA LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS  
EN EL PROCESO PENAL Y LA ABSOLUCION DE  
LA INSTANCIA

T E S I S

Que para obtener el título de  
LICENCIADO EN DERECHO  
p r e s e n t a

MIGUEL ANGEL MANCERA ESPINOSA

México, D. F.

1991

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



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

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

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

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

## CAPITULO I

### LAS GARANTIAS INDIVIDUALES EN EL PROCESO PENAL.

INTRODUCCION.....	1
A).- Concepto de Garantías Individuales.....	3
B).- Las garantías del Artículo 14 Constitucional.....	10
C).- Las garantías del Artículo 16 Constitucional.....	25
D).- Las garantías del Artículo 18 Constitucional.....	37
E).- Las garantías del Artículo 19 Constitucional.....	40
F).- Las garantías del Artículo 20 Constitucional.....	51
G).- Las garantías del Artículo 23 Constitucional.....	72

## CAPITULO II

### EL PROCEDIMIENTO PENAL

A).- Etapas del Procedimiento Penal para el Distrito Federal.....	73
B).- Etapas del Procedimiento Penal Federal.....	99
C).- El incidente de libertad por desvanecimiento de datos en el Código de Procedimientos Penales en el Distrito Federal.....	118
D).- El incidente de libertad por desvanecimiento de datos en el Código Federal de Procedimientos Penales.....	120

### CAPITULO III

#### EL AMPARO CONTRA LEYES

A).- Procedencia.....	123
B).- Competencia.....	129
C).- Oportunidad para promover el juicio.....	134
D).- Efectos de la sentencia.....	138

### CAPITULO IV

#### INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTICULOS 551 Y 426 DE LOS CODIGOS DEL DISTRITO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES RESPECTIVAMENTE EN CUANTO A LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA DICTADA EN EL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS.

A).- Conceptos.....	154
B).- Efectos de la Sentencia Interlocutoria en el incidente de libertad por desvanecimiento de datos.....	155
C).- La libertad por desvanecimiento de la presunta responsabilidad y el artículo 23 de la Constitución.....	159
D).- Procedencia del Amparo en contra de la interlocutoria de libertad por desvanecimiento de datos.....	175
Conclusiones.....	185
Bibliografía.....	192

## INTRODUCCION

En el presente trabajo se pretende analizar el tema de los efectos de la sentencia interlocutoria dictada en el incidente que se tramita por el desvanecimiento de datos en el procedimiento penal, tanto en el ámbito local, como en materia federal y en el que se busca obtener la libertad del procesado, vinculando estos efectos con el artículo 23 de nuestra Constitución Federal en el que se prohíbe la práctica de absolver de la instacia.

En el primer tema de estudio buscamos hacer un breve análisis de las garantías individuales, desde dar un concepto de éstas, para posteriormente estudiarlas en forma individualizada, pero sólo aquellas en las que encontramos una vinculación con la materia penal, o sea que profundizaremos en el estudio de los derechos públicos subjetivos que otorga la Constitución a los gobernados que son sometidos al procedimiento penal, garantías éstas que consideramos de primordial importancia conocer, en virtud de que el procedimiento penal a diferencia de otro tipo de procedimientos como podrían ser los civiles, mercantiles, laborales, etc., la esfera que se va a efectuar a una las partes en él, (procesado) no sólo se refiere a cuestiones materiales, sino que generalmente se verá privada de su libertad, siendo ésta una de las razones fundamentales por lo que el constituyente juzgó necesario plasmar en la Carta Magna, garantías para los gobernados que se encuentran inmersos en un procedimiento penal y que siempre será tortuoso para cualquier individuo.

En el capítulo dos entraremos al estudio del procedimiento penal, para lo cual, primeramente nos enfocaremos a precisar las etapas de éste procedimiento en el ámbito local, comenzando desde la averiguación previa hasta llegar a la sentencia, después seguiremos el mismo análisis aplicandólo al ámbito federal.

Asimismo, en este capítulo estudiaremos el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, penetrando a su procedencia y modo de tramitación en el fuero común, para después referirnos al fuero federal en los mismos términos. Con esto tratamos de dar una idea clara de lo que es el procedimiento penal, en sus dos ámbitos de aplicación, local y federal, para así poder ubicar dentro de éste al incidente de libertad por desvanecimiento de datos, al que hemos escogido para desarrollar el presente estudio.

El capítulo tres se refiere a un tema apasionante y muy socorrido en la postulación, el amparo contra leyes, y para poder comprenderlo entraremos en puntos tales como su procedencia refiriéndonos en los supuestos que marca la ley para poder iniciar un juicio de esta naturaleza, la competencia para conocer de él y la oportunidad para presentar la demanda, abordando para esto el tema de las leyes autoaplicativas y las heteroaplicativas, haremos primeramente referencia al amparo contra leyes de un modo general, para después precisar sus diferencias cuando se trata de la materia penal. Por último precisaremos en este capítulo cuales son los efectos que tiene la sentencia en ésta clase de amparo (amparo contra leyes).

El último capítulo es en el cual desarrollaremos el tema fundamental del presente estudio ya que lo enfocaremos a tratar de demostrar la inconstitucionalidad de los artículos 551 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el 426 del Código Federal de Procedimientos Penales vigentes, en cuanto a los efectos de la sentencia interlocutoria dictada en el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, en relación con el artículo 23 de nuestra Constitución Federal, dentro del cual se prohíbe la práctica de absolver de la instancia.

Por último expondremos en breves líneas las conclusiones personales que se desprenden del estudio realizado.

## CAPITULO I

### LAS GARANTIAS INDIVIDUALES EN PROCESO PENAL

#### A) CONCEPTO DE GARANTIAS INDIVIDUALES

En este apartado, pretendemos dar un concepto de lo que debe entenderse por garantías individuales o del gobernado, para lo cuál primeramente es necesario precisar que éstas se han venido formando a través de un proceso histórico, apareciendo como tales en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del año de 1789 en Francia, documento que fué adoptado por la mayoría de los países occidentales en su contenido de derechos para los hombres, cabe señalar que entre estos países se encuentra el nuestro. Actualmente las garantías individuales se encuentran plasmadas en nuestra Constitución Federal de 1917.

Las garantías individuales como fuente de derechos públicos subjetivos son fundamentales para hacer posible el desarrollo en una forma armoniosa dentro de un país, ya que los individuos (pueblo) al dotar a un órgano de Estado de fuerza de ejecución y de decisión buscan que este vigile crecimiento y fortalecimiento de la sociedad. Pero no se trata de dar un poder omnimodo al Estado y sus autoridades, sino que esté dentro de su esfera de facultades les son marcados también límites contenidos en forma primaria en la Ley Suprema por propia voluntad del pueblo, ya que de otro modo se rompería con el régimen, es decir, el Estado como soberano, al surgir a la vida da fundamento a uno de los elementos propios de la soberanía, el de autolimitarse, o sea otorga a los hombres garantías en relación con las facultades y atribuciones que le concede el pueblo para que lleve a cabo sus funciones conjuntamente con las autoridades. A la autolimitación la encontramos prevista en el artículo 1º de nuestra Constitución Federal que a la letra dice.

"Artículo 1º.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará con las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece."

Por tanto, se observa la imposibilidad de que los órganos públicos tengan una actuación arbitraria e ilegal respecto de los gobernados. La noción de autolimitarse, también la señala el Dr. Ignacio Burgoa, cuando expresa textualmente: "Además dentro de un régimen de legalidad como es o pretende ser, al menos teóricamente, el nuestro, la autolimitación se contiene en todo el derecho positivo que es el que complementa las Garantías Constitucionales, clasificadas generalmente en Garantías concernientes a la libertad, a la igualdad, a la propiedad y a la seguridad..."(1)

Por lo anterior debemos de considerar a las garantías individuales como un continente del principio de seguridad jurídica, consistente en que cualquier autoridad del Estado debe apegar sus actos a derecho, ó como comúnmente se dice sólo podrá ser aquello que expresamente será permitido por la ley.

Así pues, las Garantías Individuales vienen a establecer una relación jurídica entre dos sujetos a saber: por una parte encontramos a los gobernados como titulares de las garantías y por otra a las autoridades del Estado como sujetos limitados. La relación o vínculo que existe entre ambos sujetos es denominada como relación de supra a subordinación, lo cual se traduce en que el Estado y sus autoridades tienen en los gobernados una actuación soberana, una actuación que se puede dar sin la voluntad de aquellos y sino fuera acatada se le podría imponer coactivamente por medio de la fuerza pública.

(1) Burgoa Ignacio, Las Garantías Individuales, Editorial Porrúa, Décimo Novena Edición, México, P. 160

Es necesario señalar que el sujeto activo de las garantías individuales, el gobernado, no debe entenderse exclusivamente como un individuo persona física, todo lo contrario en las relaciones de supra o subordinación que se presentan en el vínculo jurídico que generan las garantías individuales, se encuentran también inmersas las personas morales o jurídicas, tanto las de derecho privado como las del derecho social e incluso las personas jurídicas de carácter público, como lo son las empresas de participación estatal y los organismos descentralizados. Esto sucede en virtud de que también las personas morales actualizan la hipótesis de ser susceptibles de afectación en su esfera jurídica, por un acto de autoridad por lo cuál adquieren el carácter de gobernados y como consecuencia se encontrarían legitimados para solicitar el amparo y protección de la Justicia Federal, esta acepción la encontramos señalada de la siguiente manera por el Dr. Ignacio Burgoa "sin embargo la garantía individual **In Genere** puede atribuirse también a las personas morales como entidades sometidas al imperio autoritario, puesto que bajo ciertos aspectos, constituídos por derechos o potestades que no tengan un sustrato biológicos (como la vida), dichas personas estan colocadas por la ley en un rango semejante al que ocupan los individuos propiamente dichos". (2)

Nos parece oportuno recordar que aunque generalmente y por uso práctico se mencionan como sinónimos a la garantía individual y al derecho público subjetivo, estos en realidad no se identifican en virtud de que la garantía debe ser interpretada como el todo que va dar nacimiento a una de sus partes o sea un derecho a favor de un sujeto (Gobernado), un derecho de carácter público debido a la vinculación con el Estado y sus autoridades, y en otras de sus partes va a generar una obligación dirigida a la autoridad la cual consistirá en respetar ese derecho público que tiene el gobernado.

(2) *ibid.*, P.175

Resumiendo todo lo anterior, podemos decir que las garantías individuales tienen su fuente formal en nuestra Constitución Federal, que éstas aunque sean denominadas como individuales, se ocupan tanto de personas físicas como de personas morales o jurídicas, o sea que los titulares de las mismas son los gobernados. Que dichas garantías se presentan en relaciones jurídicas denominadas de supra a subordinación y que son generadoras de una obligación unilateral, en virtud de que para el sujeto activo de la relación se crea un derecho público subjetivo y para el Estado y sus autoridades se da la obligación de respetar la garantía sin que el gobernado se encuentre obligado frente el sujeto pasivo

En este momento, ya nos encontramos en la posibilidad de proponer un concepto de lo que debemos entender por garantía individual y diremos:

Es un sistema de normas fundamentales que regulan las relaciones jurídicas de supra a subordinación entre los gobernados, el Estado y sus autoridades otorgando a los primeros, derechos públicos subjetivos, e imponiendo a los segundos la obligación de respetar esos derechos.

Ahora bien, el hecho de que el gobernado cuente con garantías individuales contenidas en la Carta Magna, no significa que ya se encuentra en la posibilidad de enfrentarse a la autoridad lisa y llanamente, surge entonces la necesidad de que exista un modo de hacer valer esos derechos y de obligar a la autoridad a cumplir con ellos, pues de lo contrario sólo quedarían en meras declaraciones, como en alguna época de la historia aconteció.

En nuestra legislación, el procedimiento por excelencia para llevar a cabo el control Constitucional lo encontramos en el juicio de amparo, en sus dos formas tanto en el amparo directo o de una sola instancia, como en el indirecto o bi-instancial, y señalamos a este medio como el de mayor reelevancia porque se debe precisar que no es el único, ya que hay procedimientos administrativos y juicios contencioso administrativo en los cuales se puede presentar la oportunidad de hacer valer garantías, pero insistimos en que para nosotros el de mayor jerarquía lo representa el juicio de amparo, y al respecto apunta el maestro Briseño Sierra: "La importancia del amparo esta en que ningún otro medio logra el control de la ley misma, así sea para obtener su inaplicación o desapplicación en beneficio exclusivo de la parte quejosa y no la nulidad de la norma general".(3) Del amparo nos ocuparemos con mayor profundidad en capítulo posterior cuando abordemos el tema del amparo contra leyes, por el momento únicamente quisimos dejar apuntado lo referente a la forma de hacer valer los derechos que surgen de las garantías constitucionales.

En relación con el tema de las garantías se transcriben los siguientes criterios jurisprudenciales.

(3) Briseño Sierra Humberto, El artículo 16 de la Constitución Mexicana, Editorial UNAM 1967, P.77

**"GARANTIAS INDIVIDUALES.**— Conforme a nuestra organización política todo individuo que reside en México disfruta las garantías individuales que el Código Fundamental de la República otorga y entre las cuales figuran en primer término la libertad, la propiedad y otras de menos entidad. La situación jurídica de los individuos, en todo el país es el gozo de tales derechos, y cuando algunas de las autoridades constituidas conforme a la propia Constitución dicta una orden o ejecuta un acto que afecta a cualquiera de dichas garantías, como la persona objeto de este acto, por su simple carácter de residente de la República, disfruta y tiene derecho a continuar disfrutando de ellas debe presumirse que se comete, en su perjuicio una violación, porque se ataca el goze de tales derechos. Pero como la misma Constitución establece restricciones a las mismas mencionadas garantías y faculta las autoridades para que, en ciertas condiciones las afecten, estas facultades de la autoridad, o estas restricciones a las garantías, son verdaderas excepciones al goze de ellas y no se realizan sino en determinados casos, cuando acontecen algunas circunstancias de hecho, previstas por la Constitución. Así es que las personas no tienen que probar que se encuentran disfrutando de la garantía violada, por que este es el estado natural y general de toda persona en México; pero el acto que restringe o afecta la garantía y que es una excepción a aquella regla general, sí debe ser objeto de prueba, porque es menester hacer patente que se han realizado las condiciones que la Constitución ha puesto, para que una autoridad tenga facultades de hacer algo contrario a dichas garantías. La autoridad, por el simple hecho de serlo no tiene facultad de restringirlas, por lo que es necesario que para ello existan determinadas circunstancias concretas, de las cuales derive esa facultad. Es necesario la prueba de esas circunstancias, porque en juicio deben probarse los hechos que afecten un derecho o que ocasionen su ejercicio. Como el amparo es un verdadero juicio en el que deben observarse las reglas fundamentales comunes a esta clase de contiendas, una de las cuales consisten en la igualdad, en el equilibrio de las partes, se llega a la conclusión de que en el juicio

constitucional, el quejoso debe probar la existencia del acto que vulnera sus garantías individuales, y que su contraparte, la autoridad responsable, la obligación de justificar que el acto fue dictado y ejecutado dentro de los límites y con los requisitos que la Ley exige, para atacar tales garantías, ya que está colocada en el caso de excepción; y el que destruye un estado jurídico, el que alega una excepción es el que debe probar los hechos. Si la autoridad responsable no rinde su informe justificado, no ha podido probar que la persona afectada, está en el caso de excepción al goze de las garantías y no puede fallarse a su favor y negarse el amparo, sino que, por el contrario, éste se debe conceder". (4)

**GARANTIAS INDIVIDUALES, SUJETOS DE.**— Las garantías individuales, en cuanto protegen derechos patrimoniales no se conceden exclusivamente a las personas físicas, sino en general, a las personas jurídicas esto es, a los individuos, a las sociedades civiles y mercantiles, y a las instituciones de beneficencia y a las instituciones oficiales cuando actúan en su carácter de entidades jurídicas y tan es así, que el artículo 6º., de la Ley Reglamentaria del Amparo, clara y terminantemente lo dispone, indicando que deberán ocurrir ante los Tribunales, por medio de sus representantes legítimos o de sus mandatarios debidamente constituidos, o de los funcionarios que designen las Leyes respectivas".(5)

(4) T. XXXIII, p. 1848, Amparo penal en revisión 2145/30, Flores Joaquín, 4 de noviembre de 1931, mayoría de votos, Quinta Epoca, Seminario Judicial de la Federación.

(5) T. XXXIV, p. 1205, Amparo civil directo 148/29, Agente del Ministerio Público Federal, 18 de febrero de 1932, unanimidad de votos, Quinta Epoca, Seminario Judicial de la Federación.

## **B) LAS GARANTIAS DEL ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL.**

En esta parte vamos a entrar al estudio de un artículo de la Constitución de los que podríamos llamar fundamentales, sin perder de vista que buena parte del análisis que hagamos tanto de este artículo como de los subsecuentes de nuestra Ley Suprema será con referencia a la materia penal, y para no dejar fuera ninguna de las garantías que tienen puntos concordantes con la materia penal, iniciaremos con el estudio del artículo 13 Constitucional.

Nuestra Constitución en su artículo 13 textualmente señala :

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

Contenido en los primeros renglones del artículo transcrito encontramos el principio de igualdad de las personas frente a la ley, así como la prohibición de ser juzgados por tribunales especiales.

Esta garantía representa un gran logro dentro de nuestra legislación ya que viene a romper con antiguos vicios heredados por nuestros antepasados de la Legislación Española al respecto apunta el jurista Othon Flores Vilchis "la justicia penal

heredada por el México independiente adolecía de los defectos del régimen monárquico que imperó durante la época colonial. Este se caracterizaba por la variedad de jurisdicciones especiales a que estaban sujetos los individuos, según fueran españoles, criollos, mestizos o indígenas y de hecho según su posición social económica".(6)

El artículo 13 Constitucional prohíbe tajantemente que las personas sean juzgadas por leyes privativas, es decir es bien sabido que una ley debe tener en su contenido tres puntos fundamentales los cuales son: que sea abstracta, general e impersonal, o sea que la ley no puede referirse a un gobernado en lo particular, verbigracia, el legislativo no podía crear una ley dirigida exclusiva al herrero Juan Pérez o a la sociedad anónima tal, sin embargo, no debe confundirse una disposición como las que se han ejemplificado, con aquellas leyes que se refieren a una situación jurídica determinada, o sea que aunque restringen su campo de acción, no pierden su contenido material de abstracción, generalidad o impersonalidad, siguiendo con los ejemplos antes apuntados una ley especial sería la que se refiriera a los herreros, o a la ley General de Sociedades Mercantiles que legisla a todas las sociedades anónimas; en este caso no se violarían las garantías señaladas.

De lo anterior, desprendemos que a un gobernado no podría seguirse un procedimiento penal con una ley que no reuniera las características que enunciamos, tanto en el carácter sustantivo como lo tiene el Código Penal ni en el carácter adjetivo como el Código de Procedimientos Penales, ambos documentos legislativos deben contener artículos que regulen situaciones jurídicas generales abstractas e impersonales para así dar cabal cumplimiento a lo que dispone el artículo 13 constitucional.

(6) Flores Vilchis Othon, Anuario Jurídico XII, 1985, UNAM, P. 351.

En dicho precepto se contempla otra garantía, que consiste en que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales. Debemos precisar que los tribunales tienen que ser creados por una ley que les confiera la capacidad para desempeñar su acción jurisdiccional y que estos al cobrar vida se encarguen de conocer y resolver cualquier tipo de asunto o controversia que caiga en el supuesto que legitime su competencia, por lo que su jurisdicción no se fija para conocer un caso en particular, sino, de un número indeterminado de casos con abstracción e impersonalidad de individuos por lo cual esta garantía la debemos entender como una imposibilidad de que se creen tribunales expresamente para conocer de algún asunto en cualquier ámbito material, tanto judicial como administrativo o del trabajo, entendiendo por tribunales especiales a los que se crean para conocer de uno o unos asuntos o personas por un cierto tiempo; con relación a lo anterior se transcribe el siguiente criterio jurisprudencial.

**"TRIBUNALES ESPECIALES.**— Por tribunales especiales, se entiende los que son creados exclusivamente para conocer, en un tiempo dado, de determinado negocio o respecto de ciertas personas, sin tener un carácter permanente y sin la facultad de conocer de un número indeterminado de negocios de la misma materia, características que no se encuentran ni en el Estatuto Jurídico ni en el Tribunal de Arbitraje, porque el primero, se aplica a los empleados públicos genéricamente considerados, y el segundo conoce de todos los conflictos que suscitan éstos y los titulares de las distintas unidades burocráticas, teniendo el carácter de permanente"(7).

(7) T. CXI, p. 431, Amparo directo en materia de trabajo 2155/49. Carbajal Rayon Manuel, 17 de enero de 1952, unanimidad de votos, Semanario Judicial de la Federación.

Es decir, si en este momento una persona fuera consignada por el Ministerio Público y puesta a disposición de la autoridad judicial, su caso tendría que ser ventilado ante cualquiera de los 66 Juzgados Penales establecidos para el fuero común o bien ante los Juzgados del Distrito si se tratará del fuero en el Distrito Federal, sin ninguna posibilidad de que el caso pudiera ser conocido por algún tribunal creado expresamente para conocer de este asunto pues si se diera esta hipótesis se le violaría garantías al presunto responsable y quedaría legitimado para solicitar el amparo y protección de la Justicia Federal.

En nuestra historia legislativa esta garantía aparece desde México independiente ya que se encontraba contenida en el artículo 247 de la Constitución de Cádiz de 1812.

Pasando al análisis de otro precepto Constitucional nos corresponde ahora estudiar el artículo 14 de nuestra Carta Magna mismo que establece:

"Artículo 14º.— A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

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

En los juicios de orden criminal, quedá prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una Ley exactamente aplicable al delito que se trata.

En los juicios del orden civil la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la Ley a falta de esta se fundará en los principios generales del derecho".

Las garantías individuales contenidas en este artículo corresponde a las llamadas de seguridad jurídica y dentro de sus líneas se establecen cuatro diferentes garantías, sin embargo, sólo nos ocuparemos de estudiar tres de ellas, las cuales son:

- 1.- Irretroactividad de la ley.
- 2.- De audiencia.
- 3.- De legalidad en materia judicial penal.

### **1.- GARANTIA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY.**

El párrafo 1o. del artículo 14 de nuestra Carta Magna señala:

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

El efecto de retroactividad lo define el diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, escribe de la siguiente manera:

"Retroacción.— La acción o efecto que una cosa produce con respecto al tiempo pasado; y así se dice que tal o cual cosa tiene o no tiene efecto retroactivo"....(8)

(8) Escriche Joaquín, Diccionario de legislación y Jurisprudencia, Cardenas Editor, Madrid, Tomo II, P. 1444.

El jurista Fix-Zamudio señala al respecto:

"Ha sido amplia la discusión de la doctrina, y numerosas las tesis jurisprudenciales que han tratado de definir el concepto de retroactividad, sin lograr un criterio preciso, por lo que en términos muy amplios, se puede afirmar que un ordenamiento o su aplicación tienen carácter o efectos retroactivos cuando afectan situaciones o derechos que han surgido con apoyo en disposiciones legales anteriores, o cuando lesionan efectos posteriores de tales situaciones o derechos que están estrechamente vinculados con su fuente y no pueden apreciarse de manera independiente".(9)

De los conceptos vertidos es dable señalar que el artículo Constitucional en comento prohíbe la aplicación de una ley nueva a cualquier gobernado que por esa aplicación viera afectados sus derechos adquiridos o situaciones jurídicas en que se encontrará relacionada.

Tenemos que puntualizar que esta prohibición se dirige tanto a la aplicación como a la propia creación de las leyes.

Ahora bien, para que esta garantía sea violada no sólo se requiere la aplicación retroactiva de la ley por una autoridad, sino que también es necesario que esa aplicación se traduzca en un perjuicio para el gobernado, es decir, debe ver afectada o dañada su esfera jurídica, por lo tanto y contrario sensu debemos entender que cuando la ley se aplique retroactivamente pero no cause un perjuicio, no se estará en presencia

(9) Fix-Zamudio Hector, Constitución Política de E.U.M., Comentada, Ed. UNAM.

de una violación de la garantía en estudio, tal situación la podemos ejemplificar con lo establecido en el artículo 56 del Código Penal que textualmente señala:

Artículo 56.- "Cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrará en vigor una nueva Ley, se estará en lo dispuesto en lo más favorable al inculcado o sentenciado. La autoridad que este conduciendo el asunto o ejecutando la sanción, aplicará de oficio la ley más favorable. Cuando el reo hubiese sido sentenciado al término mínimo o al término máximo de la pena prevista y la reforma disminuya dicho termino, se estará a la ley más favorable. Cuando el sujeto hubiese sido sentenciado a una pena entre el término mínimo y el término máximo, se estará a la reducción que resulte en el termino medio aritmético conforme a la nueva forma".

Para el efecto de corroborar lo anterior se trasciben los siguientes criterios jurisprudenciales:

**"RETROACTIVIDAD DE LOS PRECEPTOS QUE FIGURAN EN LA CONSTITUCION.-** La Suprema Corte ha venido sosteniendo, de manera invariable, que solamente los preceptos constitucionales pueden regir el pasado y cuando esos preceptos están incluidos en una ley reglamentaria, o ésta contiene una petición sustancial de los mismos, esa ley puede aplicarse a hechos acaecidos con anterioridad; pero cuando no es así, de aplicarse dicha ley con efectos retroactivos, se infringe el artículo 14 constitucional".(10)

(10) T. XLIII, p. 665, Amparo en revisión en materia de trabajo 745/33, Salazar Juan y coagraviados, 6 de febrero de 1935, mayoría de 3 votos Semanario Judicial de la Federación.

**RETROACTIVIDAD, CUANDO ES JURIDICA LA APLICACION RETROACTIVA DE LA LEY.**— Si bien es cierto que, como regla general, las leyes se dictan para actos futuros y que, por los mismo no son aplicables a los que estuvieron sometidos a leyes anteriores, si a la nueva ley modifica favorablemente la condición civil de las personas o las favorece en sus derechos patrimoniales, es de aplicarse ésta a los actos que se realizaron bajo el imperio de la ley anterior ya que la modificación hecha al artículo 14 de 1917, permite afirmar que, si la nueva ley, lejos de causar perjuicios, es favorable al estado jurídico de las personas, es de aplicarse para actos que se realizaron durante la vigencia de la antigua ley."(11)

## **2.— LA GARANTIA DE AUDIENCIA.**

Esta garantía es una de la que presenta mayor importancia dentro de las garantías de seguridad jurídica, en virtud de que en ella encontramos interrelacionadas, formando un sistema a cuatro garantías, mismas que se infieren de la lectura del segundo párrafo del artículo 14 constitucional que dice:

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

(11) TCXXXII, p. 304, Amparo en revisión 39/57, María Luna Vda. de Rangel, 5 de junio de 1957. unanimidad de 4 votos. Semanario Judicial de la Federación.

Así pues en el párrafo transcrito aparecen las siguientes garantías:

- 2.1.— Que exista un juicio previo a cualquier acto de autoridad tendiente a privar al gobernado de cualquiera de sus bienes jurídicamente tutelados.
- 2.2.— Que este juicio se ventile en tribunales previamente establecidos.
- 2.3.— Que se lleve a cabo observando las formalidades esenciales del procedimiento.
- 2.4.— Que la resolución o fallo sea dictado conforme a las leyes existentes con anterioridad al hecho.

No debe entenderse que estas garantías actúan de una forma independiente y aislada, por el contrario todas ellas forman un sistema jurídico, por lo que la violación a cualquiera de estas se traducirá en una conculcación a la garantía de audiencia.

Por tanto, para que una persona sufra un acto de autoridad tendiente a una privación, es necesario que primeramente se le siga un juicio por conducto de un órgano competente y que dentro de él, la ley establezca las formalidades esenciales del procedimiento y estas sean observadas para evitar que se deje al sujeto pasivo en estado de indefensión, es decir, se debe establecer la forma en que el gobernado podrá defenderse y entrar en la contienda o conflicto de intereses contra la autoridad y sólo hasta que estas formalidades se hayan agotado será lícito llevar a cabo el acto de privación.

El Licenciado Carlos A. Cruz Morales va más allá de esta interpretación y desde su punto de vista nos dice:

"El derecho a defenderse debe entenderse en su significado más lato; no es derecho a utilizar los medios de defensa establecidos por la ley aunque pueda coincidir con ellos, porque entonces el derecho consistiría en la aplicación de la ley en sus términos aunque esta conculcará algunas formas de defensa; no, lo que el artículo 14 consagra es que en el juicio previo al acto de despojo se permita al destinatario de tal pretensión que utilice todos los medios de defensa idóneos para destruirla, de suerte que cualquier actitud que impida u obstruya la defensa, se traduce en conculcación de la garantía contenida en el segundo párrafo del artículo 14 consitucional".(12)

Queda pues anotado otro punto de vista que no pudiera ser del todo exacto, pero lo plasmamos siguiendo el refrán de que "el que abunda no peca".

Pues bien, por lo anterior podemos pensar que si bien es cierto que para cumplir las formalidades esenciales del procedimiento es necesario dar al gobernado todas las posibilidades de defensa y cuando dentro de un procedimiento legal no se encuentren contempladas de un modo absoluto, la violación a la garantía no se dará por el hecho de que se le dejaran admitir pruebas que no estuvieran contempladas en la ley que rija ese procedimiento, sino que consideramos que en ese caso la inconstitucionalidad estará dentro de la propia ley, o sea que la correcta impugnación sería a través de un amparo contra leyes.

(12) Cruz Morales Carlos A., Los artículos 14 y 16 Constitucionales, Editorial Porrúa. P. 15.

El maestro Burgoa al referirse a las partes integrantes de la garantía de audiencia y concretamente a las formalidades esenciales del procedimiento, afirma:

"Pues bien, cuando un ordenamiento adjetivo, cualquiera que este sea consigna dos oportunidades, la defensa y la probatoria puede decirse que las erige en formalidades procesales, las cuales asumen el carácter de esenciales, porque sin ellas la función jurisdiccional no se desempeñaría debida y exhaustivamente."(13)

Es decir que de acuerdo con lo transcrito cualquier persona que sufra un acto de privación sin que sea notificado o sin que se le de la oportunidad de probar sus excepciones, se encontraría en un estado de indefensión y por lo tanto estaría legitimado para promover un juicio de amparo.

En la práctica es común encontrar que en los amparos penales que se promueven, se señalan dentro de los preceptos constitucionales violados al artículo 14 de nuestra Carta Magna, en virtud de que como se ha hecho referencia este precepto es uno de los fundamentales dentro de las garantías individuales, tal es el caso de los amparos que se promueven contra la privación ilegal de la libertad argumentando en los conceptos de violación que tal privación pretende ser llevada a cabo conculcando la garantía de audiencia, aunque para ser sinceros la gran mayoría de estos amparos se promueven con el único y exclusivo fin de obtener una suspensión provisional, pues tratándose de órdenes de aprehensión no opera la garantía de audiencia, aunque en las detenciones policíacas sí.

(13) Ibid., P.551.

En relación con las ideas vertidas nos permitimos transcribir los siguientes criterios jurisprudenciales:

**GARANTIA DE AUDIENCIA, ALCANCE DE LA.**— Si algún valor tiene la garantía del artículo 14 Constitucional, debe ser no solamente obligando a las autoridades administrativas a que se sujeten a la ley, sino obligando al Poder Legislativo para que, en la ley, establezca un procedimiento adecuado en el que se oiga a las partes, aunque esto no quiere decir que el procedimiento que establezca la Ley, tratándose de una autoridad administrativa, sea exactamente igual al procedimiento judicial, pues debe establecerse que en aquél puede haber la posibilidad de que oiga al interesado y se le dé oportunidad de defenderse".(14)

**GARANTIA DE AUDIENCIA.**— No argumentar que la ley aplicable al caso no contenga determinaciones o reglamentaciones para oír a los interesados cuando se trata de revocar o modificar la situación jurídica creada en favor de ellos, para que las autoridades administrativas no tengan que otorgar a los particulares la garantía de audiencia, porque, sobre cualquiera consideración o determinación de las leyes secundarias, existe el mandato de imperiosa obligación contenido en el artículo Constitucional, que obliga a cualquier autoridad a conceder dicha audiencia para afectar los derechos de los particulares". (15)

(14) T. XCIX, P.183, Amparo administrativo en Revisión 8663/48, Suárez Justiniano, 11 de marzo de 1949, Unanimidad de 4 votos, Semanario Judicial de la Federación.

(15) Vol. XIX, Tercera Parte, P. 47, Amparo en revisión 1821/57, Inmobiliaria Latina, S.A., 8 de enero de 1959, Mayoría de 3 votos, Semanario Judicial de la Federación.

**"GARANTIA DE AUDIENCIA, ALCANCE DE LA.** Para el debido cumplimiento de las formalidades esenciales de todo proceso, ya sea administrativo o judicial, no basta conceder al afectado la oportunidad de ser oído, sino que es indispensable que se le permita rendir pruebas en defensa de sus intereses; pues de impedirsele, arbitrariamente, el derecho de hacerlo, la audiencia otorgada carecería de sentido. Por tanto, la falta de desahogo de las pruebas legalmente ofrecidas implica la inobservancia de una formalidad esencial del procedimiento que hace nugatorio el derecho de defensa, mutilando así un aspecto fundamental de la garantía de audiencia consagrada en el artículo 14 constitucional".(16)

**"GARANTIA DE AUDIENCIA, DEBE RESPETARSE LA, AUN CUANDO LA LEY SECUNDARIA LA LIMITE.** Es incorrecta la consideración de la autoridad responsable de que no esté obligada a conceder la garantía de audiencia en el procedimiento administrativo en el que autorizó el funcionamiento de una sociedad cooperativa de producción pesquera, fundado en el hecho de que de acuerdo a lo establecido en el artículo 7º. del Reglamento de la Ley General de Sociedades Cooperativas, sólo se hará del conocimiento de los afectados ese procedimiento, cuando las autoridades competentes tengan conocimiento de que la autorización de una sociedad puede establecer condiciones de competencia ruinosa respecto de otros organismos de trabajadores previamente autorizados, puesto que la garantía de audiencia debe respetarse en todo procedimiento a fin de que la parte interesada pueda ser oída en defensa de sus intereses, por estar previstas así en la ley fundamental del país, debiendo desentenderse de todos aquellos dispositivos legales

(16) Vols. 175-180, Tercera parte, p. 65, Amparo en revisión 3456/81, Albertina Domínguez Viuda de García y coags. (acumulados), 20 de octubre de 1983, unanimidad de 4 votos, Semanario Judicial de la Federación.

secundarios que la limiten, como es en el caso el mencionado artículo 7º del Reglamento de la Ley General de Sociedades Cooperativas". (17)

### **3.- LA GARANTIA DE LEGALIDAD EN MATERIA JUDICIAL PENAL.**

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

Esta garantía establece en sus líneas la imposibilidad de que un procesado en el momento de dictarle sentencia se le aplique una pena que no se encuentre prevista expresadamente por la Ley y así también comprende el delito en sí mismo, es decir cambiando un poco el orden de la redacción del párrafo en comentario podemos señalar que primeramente es necesario que cuando se fije el tema de un proceso, o sea al dictar el auto de formal prisión se debe dar el enlace jurídico entre la conducta realizada por el sustantivo, en otras palabras, adecuar la conducta realizada al tipo consignado y el tipo penal establecido en el código. En tal suerte si la conducta no encuentra una regulación específica como delito, o sea no es un acto u omisión que sancionen las leyes penales, esta no se constituirá como tal, dejando sin ninguna posibilidad de tratar de aplicar la analogía o la mayoría de la razón, ya que de hacer esto se conculcaría la garantía en estudio, resumiendo, primeramente se debe establecer el cuerpo del delito y la responsabilidad, buscando el enlace entre la conducta y el tipo penal.

(17) Informe 1984, tercera parte, p. 354, décimo segundo circuito, Amparo en revisión 260/83, Sociedad Cooperativa de Producción Pesquera de Participación Estatal "Pescadores Ribereños de Matadero", S.C.L., 17 de febrero de 1984, unanimidad de votos, Semanario Judicial de la Federación.

Siguiendo en este orden de ideas llegado el momento de ejercer jurisdicción y de emitir un juicio, es decir al dictar la sentencia definitiva, el juzgador debe apegar su resolución a la ley y en caso de que sea aplicada una pena para el sentenciado esta sólo podrá ser la que se encuentra preestablecida por la Ley, es decir no podría sancionar la conducta con una pena similar o aplicarla por la causa de creación y finalidad de la pena en determinadas circunstancias que podrían presentarse por la realización de un hecho, a manera de ejemplo reproduciremos los puntos resolutive de una sentencia en materia penal:

"en mérito de lo expuesto y con fundamento en lo dispuesto por el artículo 21 Constitucional; artículos 1, 10, 11, 135, 136, 146, 253, 254, 255, 256, 286 y concordados del Código de Procedimientos Penales; artículos 1, 7 Fracción I, 8 Fracción II, 51, 52, 60 y demás relativos del Código Penal es de resolverse y se -----**RESUELVE**-----

--- PRIMERO.-- Juan "N""N" es penalmente responsable de la comisión del delito de homicidio por culpa. Por la ejecución y peculiaridades de su autor, se le condena a extinguir 1 AÑO SEIS MESES DE PRISION en los términos del considerando III-----

--- SEGUNDO.-- Se absuelve al sentenciado del pago de la reparación del daño por los razonamientos del considerando IV-----

--- TERCERO.-- Se concede al sentenciado el beneficio de la condena condicional bajo los lineamientos del considerando V-----

— — — CUARTO.— Amonestece al sentenciado para prevenir su reincidencia-----

— — — QUINTO.— Notifíquese, hágase saber el derecho de la apelación; expíndanse las boletas y copias de ley; hagáanse las anotaciones pertinentes en el libro de gobierno; y en su oportunidad archívese la causa como asunto concluido. Cúmplase.-----

Para finalizar con este apartado transcribimos un criterio jurisprudencial referente al de aplicación de las leyes por analogía en el que la Corte establece la diferencia entre aplicar la ley por analogía en el momento de dictar sentencia definitiva y el aplicarla de igual manera, pero durante la secuela procedimental:

**"APLICACION DE LAS LEYES POR ANALOGIA.** Aunque el artículo 14 constitucional prohíbe imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, no prohíbe que se apliquen por analogía, las leyes del procedimiento, en cuanto no establezcan pena."<sup>(18)</sup>

#### **C).— LAS GARANTIAS DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.**

Ahora nos corresponde iniciar el estudio del artículo 16 de nuestra Carta Magna, del cuál, sólo nos ocuparemos de su primer párrafo, mismo que establece:

(18) T. XLII, p. 500, Amparo penal 1143/32, Cárdenas Froylán L., 11 de Septiembre de 1934, mayoría de 4 votos, Semanario Judicial de la Federación.

"Art. 16.— 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. No podrá liberarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial sin que proceda denuncia acusación o querrela de un hecho determinado que la Ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por la declaración bajo protesta de persona digna de fé o por otros 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 tratándose de delitos que se persiguen de oficio podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial. En toda orden de cateo, que solo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que unicamente debe concretarse la diligencia, levantándose al concluirla una acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa por la autoridad que practique la diligencia".

De nueva cuenta nos encontramos frente a un precepto constitucional que muestra un contenido múltiple en garantías mismas que trataremos de apuntar brevemente.

En primer término se debe precisar que el artículo 16 constitucional establece en sus primeras líneas la prohibición de que cualquier autoridad realice un acto de molestia en contra de cualquier gobernado, cuando este acto a realizar no sea debidamente fundado y motivado; en este punto es de destacarse que ha diferencia del artículo 14 constitucional que habla de un acto de privación en el artículo 16 va más allá y establece como prohibición en realizar un acto de molestia, lo cual convierte esta garantía en un gran manto de protección para cualquier persona.

Así pues en las primeras líneas en comento se establecen los requisitos formales que deben revestir los actos de autoridad que tengan como objetivo causar una molestia dentro de la esfera jurídica tutelada de un gobernado, dentro de la cual el precepto constitucional señala a la familia, papeles, posesiones, domicilio y a la propia persona titular de la garantía, es decir que para que una autoridad realice actos de molestia de un modo lícito, los mismos, deberán ser debidamente fundados y motivados, lo cual significa que necesariamente las autoridades tendrán cuidado de citar los preceptos legales que dan licitud a sus actos y también expresar las circunstancias que actualizan el supuesto que la ley prevé.

Estos requisitos formales vienen a resultar fundamentales para la defensa de cualquier gobernado, ya que al solicitar el amparo, el órgano judicial que conozca del asunto, no estudiará si el gobernado tiene la razón en cuanto al fondo, sino que única y exclusivamente se limitará a estudiar si el acto señalado como reclamado por violación al artículo 16 constitucional se encuentra debidamente fundado y motivado o por el contrario conculca la garantía del precepto aludido; ejemplificando lo anterior podemos pensar en una persona que es denunciada por haber hecho un disparo contra otra, y

sucediendo esto a corta distancia con toda la intención de privarlo de la vida, pero fallando el tiro, después de su comparecencia y la ampliación de la declaración del denunciante y presentación de testigos y en fin de todas las actuaciones tendientes a la integración de averiguación previa, el Ministerio Público decide ejercitar acción penal consignando el asunto a un Juzgado Penal del fuero común mismo que ha promovido un amparo indirecto, señalando entre los actos reclamados el libramiento de una orden de aprehensión sin fundamentación ni motivación y argumentando en sus conceptos de violación la conculcación de la garantía del artículo 16 constitucional por tal omisión, resulta ser que el Juez al librar la orden de aprehensión por una distracción omitió señalar los artículos legales que dan fundamento a su acto de privación de libertad y por ende de molestia sobre la persona en tal virtud y después de rendir los informes previos y justificado el Juez de Distrito decide conceder el amparo y la suspensión definitiva. Es necesario aclarar que la autoridad no se encuentra ya imposibilitada para librar otra orden de aprehensión, sino que la que dictó fué inconstitucional y por lo tanto la misma no podrá ejecutarse, pero definitivamente está en posibilidades de dictar nuevamente orden de aprehensión, siempre y cuando ésta si cumpla con los requisitos de fundamentación y motivación, ya que el amparo que se concedió al consignado es de los que en la práctica se denominan como "amparo para efectos", es decir, para el efecto de que sean subsanados los errores cometidos; pero jamás se llegó a estudiar el fondo del asunto, es decir no se analizó si existían bases sólidas para librar la orden de aprehensión.

Así mismo, debemos señalar que para que el artículo 16 constitucional no sea violado, la autoridad que deba emitir el acto de molestia lo tendrá que hacer por escrito y además deberá ser competente para realizarlo, sucede frecuentemente que el documento en que se nos notifica el acto de molestia vienen apuntados una serie de

artículos que podríamos pensar que son el modo de cumplir con la fundamentación, pero sin embargo se debe tener presente que algunos de estos preceptos sólo son para cumplir con una parte de la garantía del 16 constitucional, es decir con el supuesto de la competencia, por lo que es posible que un mandamiento escrito sólo se cumpla con el requisito de la competencia o bien con el de la fundamentación siendo necesario ambos para no violar al precepto constitucional. En relación a estas ideas transcribimos la explicación que nos proporciona el licenciado Carlos A. Cruz Morales cuando dice:

"Fundar es insertar en la orden escrita los artículos o la ley que aplica la autoridad. En este punto es necesario diferenciar entre las leyes que otorgan competencia y los artículos que fundan actos de gobierno". (19)

"Las leyes que autorizan a imponer la ley son las que dan competencia y las leyes aplicables son la fundamentación de los actos de gobierno". (20)

Siguiendo con el estudio del artículo constitucional en cuestión encontraremos otra garantía, la cual consiste en que sólo la autoridad judicial esta facultada para librar una orden de aprehensión o detención, condicionando el libramiento de dicha orden a que ésta se encuentre precedida de una acusación, denuncia o querrela de un hecho que sea castigado por la ley con una pena corporal, requiriendo que esté apoyado en la declaración bajo protesta de una persona digna de fé o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del acusado, exceptuando los casos de flagrante delito en los cuales cualquier persona podrá llevar a cabo la aprehensión poniendo al delincuente y cómplices a disposición de la autoridad. Se establece también otro caso

(19) Ibid., P.98.

(20) Ibid., P.99.

de excepción el cual consiste en que, tratándose de casos urgentes y no habiendo en el lugar ninguna autoridad judicial y siendo delitos que son perseguidos de oficio, la autoridad administrativa puede decretar la detención, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.

Pues bien, del contenido de esta parte del artículo 16 constitucional primeramente podemos destacar la prohibición de librar una orden de aprehensión por una autoridad que no sea judicial es decir que solo un juez penal (por ser acto de privación de libertad), podrá librar lícitamente una orden de aprehensión, entendiendo por autoridad judicial a la que forma parte del Poder Judicial en los ámbitos competenciales, federal y local; por otra parte también se exige que exista una denuncia, acusación o querrela y que el hecho determinado sea castigado por una ley con pena corporal, es decir que una orden de aprehensión se podrá librar cuando el hecho cometido encuadre en alguno de los tipos penales contenidos en el Código de la materia ya que estos son los que se castigan con pena corporal, al respecto apunta el licenciado Sergio Vela Treviño lo siguiente:

"Se impone la pregunta ¿Cuales son los hechos que la ley sanciona con pena corporal? la respuesta es unica: Los delictuosos. Sin embargo la calificación final de la índole delictuosa o no delictuosa de un hecho resulta de la sentencia ejecutoria, por lo que tenemos que entender que el pensamiento del legislador constituyente se refirió a los hechos típicos es decir a aquellos en los que habiendo intervención humana hay subsunción en un tipo penal, que es, precisamente donde se encuentran descritos y apuntados los hechos que la ley castiga con pena."(21)

(21) Vela Treviño Sergio, La prescripción en materia penal, Editorial Trillas, México 1985, P. 199.

En este punto es imprescindible preguntarnos ¿Únicamente constituyen hechos delictuosos los tipificados en el Código Penal? la respuesta es: No. Definitivamente hay otros ordenamientos legales que contienen conductas sancionadas con pena corporal y conforman un verdadero derecho penal, nos referimos a los llamados "delitos especiales", los cuales podemos encontrar en leyes de tipo administrativo como por ejemplo: el Código Fiscal, que contempla el delito de contrabando, defraudación fiscal, delitos en materia de registro federal de contribuyentes, delitos en materia de declaraciones, contabilidad y documentos, contenidos en los artículos 102, 108, 110, 111 del ordenamiento legal invocado, resulta pues obvio que una autoridad judicial perfectamente podrá librar una orden de aprehensión cuando se trata de la comisión de un hecho tipificado como delito especial, y en relación a este tipo de delitos el Doctor Miguel Angel García Domínguez señala:

"Sin embargo, los delitos tipificados en los capítulos relativos de las distintas leyes administrativas constituyen lisa y llanamente delitos de naturaleza sustancialmente idéntica de los incorporados en el Código Penal. La circunstancia de que estos ilícitos y las sanciones inherentes de contengan en las leyes administrativas no altere la validez de aserto, pues no debe confundirse la naturaleza de las normas con la denominación de las leyes". (22)

(22) García Domínguez Miguel Angel, Los Delitos Especiales Federales, Editorial Trillas, México 1988, P. 30

Así mismo, el artículo 16 constitucional ordena que la denuncia, querrela o acusación deberá estar apoyada en declaración bajo protesta de una persona digna de fé o de datos que hagan probable la responsabilidad del acusado, en este punto únicamente queremos comentar que el precepto constitucional se refiere a la etapa de averiguación previa en la cual una persona formula su denuncia de hechos o su querrela, siendo indispensable para este acto que la persona lo haga bajo protesta de decir verdad y a falta de esto o de que se estimará que la persona no es digna de fé, supuesto que prácticamente resulta imposible en la práctica el Ministerio Público está obligado a llevar a cabo una investigación al efecto de establecer si se encuentra probablemente responsable de la comisión u omisión de hechos estimados como delictuosos la persona indiciada, ya que técnicamente la palabra acusado que utiliza el constituyente se emplea en la etapa de conclusiones, previa a la sentencia.

Pues bien en el artículo 16 constitucional en comento existe una primera excepción a la regla que hemos detallado, la cual consiste en que cuando se trate flagrante delito será posible llevar a cabo la aprehensión del delincuente con la obligación de ponerlo a disposición de la autoridad inmediata. Primeramente se debe precisar que se entiende por flagrante delito: la palabra flagrar del latín *flagrare* significa arder o resplandecer como fuego o llama y flagrante del latín *flagrans-antis*, significa que se está ejecutando actualmente".(23)

Es decir que el gobernado debe ser sorprendido en el preciso momento en que está realizando el acto delictuoso.

(23) Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española. Editorial Espasa Calpe, Madrid 1970, Tomo III, P. 626.

Una segunda excepción la encontramos cuando no existe en el lugar ninguna autoridad judicial y se trata de un caso urgente, ante tal circunstancia la autoridad administrativa podrá decretar la detención del gobernado y deberá ponerlo sin demora a disposición de la autoridad judicial, en este caso entendemos que al referirse a la autoridad administrativa el constituyente se avocó en una primera intención a pensar en la institución del Ministerio Público ya que es el encargado por mandato constitucional (artículo 21), de ejercitar acción penal de y de perseguir los delitos, pero que pasa si el sujeto es detenido por una autoridad distinta del Ministerio Público podemos pensar en alguna policía preventiva o encargada estatal o municipal de la seguridad pública, o cualquier otra autoridad administrativa, ¿está tendrá la obligación de ponerlo a disposición del órgano judicial para cumplir con el precepto constitucional? ó ¿tendrá que ponerlo a disposición del Ministerio Público para que este lo consigne al juez competente? nosotros pensamos que siempre será necesaria la intervención del Ministerio Público ya que es el titular monopólico de la acción penal, por tanto si una autoridad administrativa con fundamento en el artículo 16 constitucional realiza una detención, tendrá la obligación de poner al sujeto a disposición del Ministerio Público, para que el sea el encargado de consignar al indiciado ante un órgano judicial pues de otra manera se violaría la Constitución. Este supuesto que planteamos a nuestro juicio, se encuentra previsto en el artículo 126 del Código Federal de Procedimientos Penales que a la letra dice:

"Artículo 126 cuando una autoridad distinta del Ministerio Público practique diligencias de policía judicial, remitirá a este dentro de tres días de haberlas iniciado, el acta o actas levantadas y todo lo que con ellas se relacione. Si hubiere detenidos la remisión se hará dentro de las 24 horas siguientes a la detención".

Con referencia a este tema el maestro Burgoa señala:

"Esta garantía hay que cohonestarla con la disposición contenida en el artículo 21 constitucional que establece que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, en el sentido de el Juez está impedido por la Ley suprema para dar curso a una denuncia querrela o acusación de una persona, sino que ejercita previamente la acción penal correspondiente, cuyo titular es la institución mencionada." (24)

Por último nos olvidábamos de mencionar que esta segunda excepción también se encuentra condicionada a que se trate de algún delito de los que se persiguen de oficio, es decir que no puede haber desistimiento o perdón del ofendido como sucede en delitos que se persiguen "de querrela necesaria", de los cuales como ejemplo podemos citar al rapto, calumnía, lesión tratándose de las contenidas en el artículo 289, primer párrafo, primer parte del Código Penal o bien los delitos a que se refiere el artículo 62 del mismo ordenamiento, en contraposición a estos delitos se encuentran los que denominan "de oficio" como el robo o el homicidio.

En relación con los puntos abordados se transcriben los siguientes criterios jurisprudenciales:

**"ACTOS DE LAS AUTORIDADES, OBLIGACION DE ESTAS DE FUNDARLOS Y MOTIVARLOS.** De acuerdo con el artículo 16 constitucional, todo acto o mandamiento de autoridad de estar motivado y fundado legalmente, y el acto que carezca de uno de esos requisitos, es en sí mismo violatorio de dicho Estatuto, por lo

tanto, el afectado no queda obligado a rendir prueba alguna para demostrar su inconstitucionalidad. La motivación legal de un acto de autoridad, está condicionando a la satisfacción de tres elementos: uno de carácter formal, que consiste en que el texto del mandamiento, orden o resolución se expresen los antecedentes que provocan la atención de la autoridad, y dos elementos de fondo o sea que los antecedentes o motivos tengan una existencia real, es decir que estén comprobados y que conforme a las leyes, sean bastantes para provocar el propio acto". (25)

**"FUNDACION Y MOTIVACION.** El artículo 16 de la Carta Magna es terminante al exigir, para la validez de todo acto autoritario de molestia, que el mismo esté fundado y motivado, debiendo entenderse por fundamentación la cita del precepto que le sirva de apoyo, y por motivación la manifestación de los razonamientos que llevaron a la autoridad a la conclusión de que el acto concreto de que se trate, encuadra en la hipótesis prevista en dicho precepto. No basta, por consiguiente, con que existe en el derecho positivo un precepto que puede sustentar el acto de la autoridad, ni un motivo para que ésta actúe en consecuencia, sino que es indispensable que se haga saber al afectado los fundamentos y motivos del procedimiento respectivo, ya que sólo así estará en aptitud de defenderse como estime pertinente. Por otra parte, la circunstancia de que el acto reclamado satisfaga las garantías del mandamiento escrito y de autoridad competente, no le libera del vicio de inconstitucionalidad consistente en la ya apuntada falta de fundamentación, pues todas estas garantías son concurrentes y deben, por lo mismo, ser responsables por la autoridad en el mismo acto que de ella emane".(26)

(25) T. LXXIV, P. 5, 5110 Amparo administrativo en revisión 7531/42, Alatríste Roberto 25 de noviembre de 1942, Unanimidad de 4 votos, Semanario Judicial de la Federación.

**"AUTORIDAD COMPETENTE EN CASO DE APREHENSION.** La Suprema Corte ha establecido la tesis de que el alcance del concepto "autoridad competente", que emplea el artículo 16 de la Constitución Federal, en su primer párrafo, en lo que atañe a las órdenes de aprehensión, es el que por tal debe entenderse, de acuerdo con los antecedentes legislativos y con las discusiones habidas en el seno del Congreso Constituyente y salvadas las excepciones que la propia Carta Fundamental señala, en cuanto a los funcionarios administrativos, a la autoridad judicial ante quien se hubiere presentado la denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado, que merezca pena corporal, misma autoridad a la que debe ser consignado el responsable, una vez aprehendido y, por lo tanto la competente también para decretar el auto motivado de prisión o de libertad, en sus respectivos casos."(27)

**"ORDEN DE APREHENSION, REQUISITOS PARA LIBRARLA.** Conforme al artículo 16 constitucional, para dictar una orden de aprehensión no es indispensable que se haya comprobado plenamente el cuerpo del delito, pero si es necesario el exámen previo de los hechos que se denuncien, a efecto de resolver si constituyen o no, el delito denunciado, ya que el citado precepto constitucional establece como requisito esencial, que amerite la captura se castigue con pena corporal, y no sería posible saber si se cumple con tal requisito, si no se hace el exámen de hecho que motiva la denuncia, antes de dictar la orden."(28)

(26) Vol. XLVIII, tercera parte, p. 36, Amparo en revisión 887/61, José Horacio Septién, 21 de junio de 1961, 5 votos, Semanario Judicial de la Federación.

(27) T. XIII, P. 3382, Amparo penal en revisión 1216, Rodríguez Agustín y coagraviados, 28 de marzo de 1935, unanimidad de 4 votos, Semanario Judicial de la Federación.

**"ORDEN DE APREHENSION O DE COMPARECENCIA, LIBRADA POR UN PRESIDENTE MUNICIPAL.** La autoridad municipal no está capacitada legalmente para librar órdenes de aprehensión, lo que sólo compete a la autoridad judicial, a pedimiento de Ministerio Público y mediante los requisitos que establece el artículo 16 constitucional, y ni aún a título de citación para comparecencia a fin de esclarecer lo relativo a un delito, dichos funcionarios pueden molestar a un individuo en su persona, sin infringirle aquel precepto constitucional."(29)

#### **D) LAS GARANTIAS DEL ARTICULO 18 CONSTITUCIONAL.**

El presente artículo constitucional contiene una variada gama de garantías de las cuales nos ocuparemos en forma separada, haciendo un breve análisis de su contenido.

El primer párrafo del artículo 18 Constitucional establece:

"Solo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva, el sitio de esta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados".

(28) T. III, P. 277, Amparo penal en revisión 7035/35, Liaca Enrique, 9 de abril de 1937, unanimidad de 4 votos, Semanario Judicial de la Federación.

(29) T. LII. p.2069, Amparo penal en revisión 1412/32, Alvarez Ruperto, 12 de Junio de 1937, unanimidad de 4 votos, Seminario Judicial de la Federación.

Una primera garantía se hace consistir en que sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva y aquí podemos notar la relación de esta disposición con el artículo 16 de la Ley Suprema cuando se habla de las aprehensiones, pues bien hemos afirmado que los hechos que son sancionables con pena corporal, son los delitos, ahora si leemos el Código Penal encontraremos que en la mayoría de los tipos que regula se establece una sanción corporal hecha excepción del artículo 231 que se refiere al delito de abogados, patronos y litigantes en el que ni siquiera aparece la pena corporal como alternativa y en dicho precepto se establece:

"Artículo 231.— Se impondrá suspensión de un mes a dos años y multa de cincuenta a quinientos pesos a los abogados y a los patronos o litigantes que no sean ostensiblemente patrocinados por abogados cuando cometan alguno de los delitos siguientes:

I.— Alegar a sabiendas hechos falsos o leyes inexistentes o derogadas; y

II.— Pedir término para probar lo que notoriamente no puede probarse o no ha de aprovechar su parte, promover artículos o incidentes que motiven la suspensión del juicio o recursos o de cualquier manera procurar dilaciones que sean notoriamente ilegales".

Tal y como se puede apreciar en el contenido punitivo del artículo transcrito no se contempla ninguna clase de pena corporal y por ende en este caso, pensamos, que no se podría aplicar la prisión preventiva, pero insistimos que a nuestro modo de ver este sería el caso en que un delito no tenga prevista como sanción una pena corporal lisa y llamanamente. Por otro lado, existen delitos en los cuales se contienen dos tipos de penas, tanto la corporal como la multa, separados por la disyuntiva "o" tal es el caso de los delitos que triplican los artículos 210, 350 y 356, los cuales son revelación de secretos, difamación y calumnia.

En este tipo de delitos que cuentan con una pena alternativa, pensamos que nos puede haber lugar a la prisión preventiva ya que esta solo se justifica en términos del artículo 18 constitucional cuando la pena aplicable al delito es corporal pero no se prevé la pena alternativa.

Otra garantía contenida en el primer párrafo del artículo 18 constitucional, es la que establece que el lugar en que se extinga las penas será distinto del que se destine como prisión preventiva, lo cual nos parece plausible en virtud de que la mentalidad de las personas cambia radicalmente en estas dos etapas en virtud de que cuando se encuentran sometidas a un proceso en que aún no se ha determinado su responsabilidad personal, su grado de peligrosidad resulta ser menos que cuando se encuentran señalados como culpables de un delito en definitiva. Es este artículo constitucional el que da fundamento para que en el Distrito Federal existan los reclusorios como centros de prisión preventiva y la cárcel de Santa Martha donde los sentenciados compurgan sus penas.

Las demás garantías de este artículo, solo las apuntamos de un modo enunciativo, ya que no presentan mayor problema para su comprensión y se refieren: a la política a seguir en la organización del sistema penal para readaptación social del delincuente; que las mujeres compurgen sus penas en lugares en donde se encuentran separadas de los hombres; el trato en instituciones especiales a menores infractores y por último se abordan las garantías relativas a la extradición.

Para concluir con el presente apartado, nos permitimos transcribir el siguiente criterio jurisprudencial:

**"PENA ALTERNATIVA. (AUTO DE FORMAL PRISION).** Si la norma tipificadora en consulta, señala la pena privativa de la libertad o la multa o ambas, a Juicio del Juez, y la prisión preventiva entraña un pronunciamiento que prejuzga sobre la pena. Esta debe sobrevenir como efecto del fallo definitivo, y la reclusión anterior, computable conforme al tercer párrafo de la fracción X, del artículo 20 constitucional, sólo es dable en términos del diverso 18 si la pena condigna es corporal, mas ante la incertidumbre que provoca la norma, en que se libra a favor de la potestad judicial la elección, el auto de formal prisión tiene verdaderos efectos de sentencia al restringir la libertad física del culpado, lo que contraría la voluntad del expresado artículo 18 constitucional." (30)

#### **E) LAS GARANTIAS DEL ARTICULO 19 CONSTITUCIONAL.**

Corresponde el estudio de un artículo de la Carta Magna, en el cual se encierran una serie de garantías aplicables tanto a la preparación del proceso penal, como al procedimiento mismo.

El primer párrafo del artículo 19 Constitucional señala:

"Artículo 19.— Ninguna detención podrá exceder del término de tres días sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que expresarán al delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordene la detención o la consienta, y los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecuten.

(30) T.CIII, p. 624, Amparo penal en revisión 2920/49, García Salazar Manuel, 13 de abril de 1951, unanimidad de 4 votos, Semanario Judicial de la Federación.

El párrafo en comento se refiere a la etapa previa a la instrucción de un proceso penal, la cual debe ser cumplimentada para después poder establecer válidamente la formal prisión, la sujeción a proceso o la libertad por falta de elementos para procesar a un inculpado.

Es decir, este artículo establece una garantía que, de respetarse por todas las autoridades al pie de la letra, sería fundamental para evitar los atropellos que son bien conocidos y no tiene caso mencionar.

Así pues, el párrafo transcrito se refiere a la etapa comprendida entre la detención de un inculpado hasta que se la ha dictado la formal prisión, la sujeción a proceso o el auto de libertad o sea que dentro de este término encontramos comprendida a la declaración preparatoria y por lo tanto podemos advertir la relación existente entre el artículo 19 constitucional primer párrafo y el 20 fracción II del mismo ordenamiento legal. El hecho de que en el párrafo transcrito se mencione que el término comienza a correr a partir de la detención no quiere decir que dentro de éste se contenga la etapa de averiguación previa, ya que el término de ésta, viene a dar pie a un tema por demás controvertido y que no es el caso abordarlo en el presente estudio, lo que sí podemos decir, es que el plazo que establece el primer párrafo del artículo 19 constitucional correrá a partir de que el inculpado sea puesto a disposición de un Juez Penal, etapa a que se refiere el artículo 1º fracción segunda del Código Federal de Procedimientos Penales, así como el 161 del mismo cuerpo legal.

Ahora bien, hemos mencionado que dentro del término de 72 horas está comprendido el de 48 horas para tomar la declaración preparatoria, misma que debe entenderse, entre otros efectos como un medio de información para el inculpado ya que en ella o mejor dicho en la audiencia de la declaración preparatoria es donde se va a cumplir con el mandato constitucional de hacer saber al inculpado quien lo acusa, el porqué de esa acusación, informarle del porqué se encuentra detenido y si después de haber escuchado esto el inculpado quisiera argumentar algo, puede hacerlo, pero no se le puede obligar a ello ya que se violaría la garantía contenida en el artículo 20 fracción segunda de la Constitución, en la que se prohíbe compelir al acusado a declarar en su contra y por esto podemos afirmar que esta fase de la declaración preparatoria tiene una naturaleza jurídica puramente informativa para el inculpado.

Una vez concluída la audiencia de declaración preparatoria y en su caso cuando estén rendidas las pruebas que se hubieran ofrecido al haber solicitado la ampliación del término constitucional el Juez se encontrará en la posibilidad de proveer el auto constitucional, tomando en consideración todos los datos que hayan sido aportados por el Ministerio Público al haber integrado la averiguación previa y que deberán ser bastantes para hacer probable la responsabilidad del inculpado y comprobar el cuerpo del delito de que se trate.

Dentro de la garantía del auto de formal prisión encontramos un punto interesante que plantean los artículos 52 y 432 del Código Federal de Procedimientos Penales, en los cuales se previenen los casos en que se lleva a cabo una aprehensión por exhorto, y cuando se tiene a un detenido y la autoridad que lo tiene a su disposición es incompetente; como advertimos la solución a estos problemas la proporcionan los artículos citados respectivamente razón por la cual los transcribimos:

"Artículo 52.— En los casos del artículo anterior el tribunal requerido tomará la declaración preparatoria al inculpado resolverá lo que proceda respecto de la libertad caucional, así como su situación jurídica conforme al artículo 19 Constitucional y remitirá al detenido y las actuaciones, en su caso, a quién libró la orden, dentro de las 24 horas siguientes al cumplimiento de las previsiones, señaladas en este artículo".

"Artículo 432.— La competencia por declinatoria no podrá resolverse hasta después de que se preactúen las diligencias que no admitan demora, y que en caso de que haya detenido, de haberse dictado el auto de formal prisión o el de libertad por falta de elementos para procesar."

Cabe señalar, que antes de la promulgación de nuestros códigos procesales actuales o sea, aún durante parte del siglo XIX, los jueces que eran requeridos por exhorto o los que se declaraban incompetentes, prolongaban la detención del inculpado hasta que este quedaba a disposición del exhortante o del competente y hasta entonces comenzaba a correr el término constitucional.

Es importante puntualizar que existe otro auto diferente al de formal prisión, el cual atiende al mandato constitucional contenido en el artículo 18 que establece que sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva, este tipo de auto no se encuentra previsto por la Constitución, sin embargo, lo podemos observar en los artículos 162 del código adjetivo federal y 299 del distrital.

Se debe apuntar, que el primer párrafo del artículo 19 constitucional señala que cuando en el término de tres días no se reúnen los requisitos para decretar la formal prisión, se deberá poner en libertad al inculcado, dictándose para tal efecto un auto que la legislación procesal denomina como de libertad por falta de elementos para procesar (artículo 167 del Código Federal de Procedimientos Penales y 299 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal), advirtiéndose que el mismo se dicta con las reservas de la ley, o sea que si fueran aportados nuevos datos para fundar y motivar un auto de formal prisión el inculcado podrá ser aprehendido nuevamente lo cual nos parece que contraviene lo establecido por el artículo 23 Constitucional, ya que este precepto prohíbe absolver de la instancia, pero nos abstenemos momentáneamente de abordar el tema con profundidad, ya que dejaríamos sin materia el tema central de este trabajo.

Así mismo, el artículo 19 constitucional en su primer párrafo establece las consecuencias de que una detención sea prolongada por más de tres días sin que se resuelva la situación jurídica del inculcado, viéndose reformado este artículo por lo establecido en el 107 fracción XVII, constitucional en el que se ordena a la consignación de los infractores a esta disposición, mismos que podrían ser presuntos responsables del delito del artículo 225 fracción del Código Penal.

Finalmente nos permitimos puntualizar las consecuencias que trae aparejadas el auto de formal prisión y que son mencionadas por el Dr. Jesús Zamora Pierce y que a continuación se transcribe:

"1.- Justifica la prisión preventiva

2.- Fija la litis

3.- Suspende las prerrogativas del ciudadano

4.- Determinar el inicio del plazo que fija la Constitución para dictar sentencia."(31)

Dentro del mismo esquema del artículo 19 constitucional encontramos otra garantía que pasamos a comentar brevemente.

En efecto, el segundo párrafo del artículo 19 Constitucional contiene la garantía que consiste en que el auto de formal prisión se fije la litis sobre la que va a versar el litigio estableciendo textualmente:

"Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente."

De la transcripción realizada, podemos diferir que el constituyente obligó a los jueces a clasificar y encuadrar en algún o algunos tipos penales específicos los hechos que le son consignados por el Ministerio Público y al mismo tiempo le otorgó esto como facultad exclusiva, ya que independientemente de la clasificación que hubiese hecho el Ministerio Público, el Juez tiene la facultad de reclasificar los hechos consignados, y esta última clasificación es la que tendrá valor jurídico para establecer la litis a seguir en el proceso penal y será precisamente en relación a ella, que el procesado tendrá que exponer su defensa.

(31) Zamora Pierce Jesus, Garantías y Proceso Penal, Ed. Porrúa, México 1988. Págs.

También dentro del párrafo transcrito encontramos un supuesto más, que consisten en que si dentro de la secuela procedimental apareciere comprobado otro delito, diferente al que se estableció en el auto constitucional, el Juez no podrá sentenciar al inculpado haciendo una reclasificación sino que lo procedente es iniciar una nueva averiguación por parte del Ministerio Público, en virtud de que este es el único titular de acuerdo a la Constitución de la acción penal, independientemente de que con posterioridad se acumularan las dos causas penales.

Ahora bien, el artículo 160 fracción XVI de la Ley de Amparo establece:

"Artículo 160.— En los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso.

Fracción XVI.— Cuando seguido el proceso por el delito determinado en el auto de formal prisión el quejoso fuere sentenciado por diverso delito.

No se considerará que el delito es diverso cuando el que se exprese en la sentencia solo difiera en grado del que haya sido materia del proceso, ni cuando se refiere a los mismos hechos materiales que fueron objeto de la averiguación, siempre que, en este último caso, el Ministerio Público haya formulado conclusiones acusatorias cambiando la clasificación del delito hecho en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y el quejoso hubiese sido oído en defensa sobre la nueva clasificación durante el juicio propiamente tal:

"Por lo que respecta al primer párrafo de la fracción transcrita, esta no presenta ningún problema pues coincide con el texto constitucional. En el segundo párrafo se plantean casos en los cuales no se consideran como violados las leyes del procedimiento por no haber delito diverso, creemos nosotros que estos casos de excepción sólo podrán darse bajos dos supuestos a saber:

- a) Siempre y cuando se traten de los mismos hechos y;
- b) Que exista o bien haya existido la posibilidad de defensa del procesado respecto de esos hechos.

Es decir, que si al hacer una simple clasificación del grado se cambiasen los hechos o bien se clasificará como delito asimilable cuando ese delito no coincide exactamente con el tipo común, entonces esa reclasificación sí sería violatoria de garantías, pues al no ser los mismos hechos estaríamos en presencia de un delito diverso el cual tendrá que dar origen a una investigación por separado.

De todos modos consideramos también indispensable el derecho probatorio al realizar un cambio de clasificación, o sea que si las conclusiones son contrarias a las constancias procesadas, el Juez tendrá que dar la posibilidad de prueba al procesado para así no dejar en estado de indefensión salvo que por tratarse exactamente de los mismos hechos, las pruebas ofrecidas y desahogadas en la instrucción resultarán también idoneas para la nueva la nueva clasificación.

Existen opiniones diversas, entre ellas la de el Dr. Jesus Zamora Pierce, quien sostiene que aún en la variación de grado se está ante un delito diverso, opinión que transcribimos:

"..Si el delito que se expresa en la sentencia difiere de aquel por el que se dictó el auto de formal prisión así se solo en grado luego entonces ambos delitos no son idénticos, no son el mismo delito por el cual, conforme a los dispuesto por el artículo 19 debió seguirse forzosamente el proceso."

"Ciertamente, el inculpado no ha sido oído en defensa sobre la nueva clasificación durante el lapso procesal transcurrido entre el auto de formal prisión y las conclusiones acusatorias puesto que en esa etapa procesal no se ha producido la reclasificación del delito. Tampoco le será posible defenderse, después de presentar las conclusiones acusatorias que reclasifican, contra la nueva imputación que se le hace, dado que, en esa etapa procesal normalmente ya no se le recibirán pruebas."(32)

Sirven de apoyo a los puntos estudiados los siguientes criterios jurisprudenciales que se transcriben:

(32) Ibid., Pags. 64–65

Jurisprudencia 31 (Quinta Epoca), Página 88, Sección Primera, Volumen 1a Sala – Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 196. En la compilación de fallos de 1917 a 1954 (apéndice al tomo CXVIII), se publicó con el mismo título, Nº. 153, Pág. 327.

Tesis de Jurisprudencia definida número 34, Apéndice 1917–1975, Segunda parte, Primera Sala, Pág. 84

**"AUTO DE FORMAL PRISION.**– Para motivarlo, a la ley no exige que se tengan pruebas completamente claras que establezcan de modo indudable la culpabilidad del reo; requiere únicamente, que los datos arrojados por la averiguación, sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado."(33)

**"AUTO DE FORMAL PRISION, EN EL PUEDEN ESTUDIARSE LAS EXCULPANTES.**– Las autoridades judiciales tienen facultad para declarar la procedencia de las eximentes de responsabilidad en cualquier estado del juicio, inclusive antes del auto de detención; pero para ello es preciso que justifiquen en forma plena e indiscutible." (34)

(33) Tomo II – Pina Pastor, Ignacio.	1274
Tomo IV – Ostría, Mariano y Otilio	767
Tomo V – Aguilar, Manuel	195
Tomo X – García, Macario.	217
Tomo XIII – Guerrero, Javier	674
(34) Tomo – Gutiérrez, Isidoro	1691
Tomo – LVII Mazón Soto, Jesús.	1140
Tomo – LXI Trujillo, Gregorio	721
Tomo – LXXIV Cornejo de Méndez, Ma. Gpe	977
Tomo – LXXIV Tenquedo, Inés.	7016

Jurisprudencia 38 (quinta Epoca), Página 101, Sección Primera Volumen 1a. Sala – Apéndice de Jurisprudencia 1914 a 1965. En la compilación de fallos de 1917 a 1954 (apéndice al tomo CXVIII), se publicó con el mismo título, N.º. 160, Pág. 343

Tesis de jurisprudencia definida número 41, Apéndice de 1917 – 1975, Segunda Parte, Primera Sala, Pág. 97.

**"AUTO DE FORMAL PRISION, AMPARO CONTRA EL.**— Cuando el amparo se concede contra el auto de formal prisión tratándose de requisitos de fondo, el efecto del amparo debe consistir en que la autoridad responsable revoque el auto de prisión preventiva y decrete la libertad del acusado, por falta de méritos."(35)

**"AUTO DE FORMAL PRISION.**— Aunque el auto de formal prisión se dicte extemporáneamente, es decir, después de las 72 horas que fija la Constitución, esto no es bastante para conceder la protección federal, pues aún en el supuesto de que tal hecho encerrará una violación de garantías individuales, esta quedaría consumada de un modo irreparable al haberse dictado el auto, sin que pueda admitirse que el inculcado se vio privado de defensa, si a partir del auto de formal prisión se observaron las normas tutelares del procedimiento".(36)

Por mandato constitucional todo proceso se seguirá precisamente por el delito señalado en aquel auto, que, por lo mismo, es el soporte ineludible de toda condena. De manera que se violan garantías al pronunciarse ésta por tres delitos cuando en el repetido auto de formal prisión solamente se alude a dos de ellos, pero respecto al tercero hay omisión total en cuanto a elementos constitutivos del mismo y circunstancias de ejecución, así como a los datos sobre la responsabilidad del acusado, datos que también son constitucionalmente imperativos."(37)

(35) Quinta Epoca: Tomo XXXIV, Pág. 10801 – Mátiar y Fádaul José, Semanario Judicial de la Federación.

(36) Quinta Epoca: Tomo XXXV, Pág. 1492 – Mexicano Juan, Semanario Judicial de la Federación.

(37) Directo 5355/1959. Cipriano Castañeda Pulido. Resulto el 25 de Febrero de 1960, por unanimidad de 5 votos. Ponente el Sr. Mtro. Mercado Alarcón. Srio. Lic. Raúl Cuevas, Semanario Judicial de la Federación.

**"CLASIFICACION DEL DELITO CAMBIO INDEBIDO DE LA (VIOLACION).** – El Tribunal de alzada no debió pronunciar sentencia condenatoria por el delito de violación por equiparación a que se refiere el artículo 240 del Código Penal del Estado de Jalisco ("Copula con mernor impuber o prersona privada de razón o de sentido, o que por enfermedad o cualquier otra causa no pudiera resistir"), pues ello implica un incorrecto cambio de clasificación del delito, respecto de hechos distintos, si como consecuencia del auto de fomal prisión el proceso se siguió al inculpado por el delito de violación por propia excluyendose expresamente el de violación por equiparación, precisamente en cumplimiento de la correspondiente sentencia de amparo, pues se afirmó la concurrencia de la violencia moral inferida del temor reverencial derivado de la autoridad paterna, ilícito tipificado en el artículo 239 del mencionado Código, sin que sea válido sostener entre ambos delitos medie una simple diferencia de terminología y que sean los mismos hechos, pues su estructura es distinta y su realización táctica exige requisitos diversos."(38)

#### **F) LAS GARANTIAS DEL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL.**

Las garantías constitucionales contenidas en este artículo son las rectoras de los procedimientos penales, ya que contienen disposiciones aplicables desde el momento en que se inicia el proceso penal, es decir, desde el momento en que se dió cumplimiento al artículo 19 de la Constitución al dictar el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso. Las diez fracciones que tiene insertas el precepto constitucional en estudio son fundamentales y dan origen a la regulación procesal contenida en los códigos penales adjetivos, en sus ámbitos de aplicación local y federal.

(38) Amparo directo 2952/83.– Juan Gutiérrez Galindo – 31 de agosto de 1983 – 5 votos – Ponente – Francisco Pavón Vasconcelos. 1a. Sala Séptima Época Volumen 175–180 Segunda parte, Pág. 26.

La primer garantía es la que establece la libertad bajo caución, decretando una serie de condicionantes para su otorgamiento.

La fracción primera del artículo 20 Constitucional dice textualmente:

"Artículo 20.— En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

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

La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años de salario mínimo general vigente en el lugar que se cometió el delito, sin embargo, la autoridad judicial, en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o la víctima, mediante resolución motivada, podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito.

Si el delito es intencional y representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima daño o perjuicio patrimonial, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados.

Si el delito es preterintencional o imprudencial, bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales y se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores."

Primeramente debemos mencionar que el término de caución contenido en este artículo es de reciente creación, ya que fué en la reforma del 14 de enero de 1985, cuando se substituyó la palabra fianza, por la de caución, aunque debemos reconocer que en el Código Penal adjetivo del D.F. ya se hablaba de caución en su artículo 556 desde 1931. La ventaja de emplear el vocablo caución consisten en que éste contiene varias formas de garantía como lo podrían ser en su momento la hipoteca, la exhibición de un billete de depósito y la fianza.

Ahora bien, debe entenderse que la libertad bajo caución procede para substituir a la prisión preventiva y por lo tanto sólo cuando proceda la prisión preventiva habrá lugar a la libertad bajo caución.

Así pues, la garantía constitucional que nos ocupa señala que para la procedencia de la libertad, el delito que se le impute al reo no deberá exceder de cinco años en su término medio aritmético incluyendo las modalidades del delito, es decir, las circunstancias atenuantes o gravantes, también se contienen una serie de reglas para establecer el monto para fijar la caución.

Por otro lado, la disposición constitucional establece que la libertad bajo caución podrá ser solicitada inmediatamente, podemos decir que esto en realidad no ocurre, ya que de la interpretación constitucional desprenderíamos que esta solicitud puede realizar a partir del momento de que el inculpado queda a disposición del Juzgador y éste dicta el auto de radicación pero no es así puesto que incluso en los artículos 290 Fracción segunda del Código de Procedimientos Penales para el D.F. y el 154 del Código Procesal Federal, se establece que la libertad bajo caución sólo podrá decretarse hasta que el inculpado haya rendido su declaración preparatoria, lo cual puede suceder hasta cuarenta y ocho horas después de dictado el auto de radicación, y en la práctica los jueces se apegan al Código Procesal lo que en nuestra opinión es contrario al artículo que se analiza por ende inconstitucional.

Es importante señalar que a través de la reforma del 27 de enero de 1983, el artículo 271 del Código Penal Adjetivo para el D.F., se estableció la facultad para que el Ministerio Público conceda la libertad bajo caución cuando se trate de delitos intencionales.

Debe apuntarse que aunque en el texto constitucional no se encuentre contemplada la posibilidad de que el Ministerio Público determine la libertad caucional, esto no es obstáculo para que el Código Procesal lo establezca ya que lo contenido en la Constitución sólo es un margen mínimo que debe concederse, por no implica que este no se puede ser ampliado por una disposición ordinaria que no va en contra de la propia Constitución.

La fracción segunda del artículo 20 constitucional a la letra dice: "No podrá ser compelido a declarar en su contra por lo cual queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto."

En esta fracción encontramos la garantía consistente en que el inculpado no puede ser obligado a declarar en su contra.

Así, esta garantía encuentra en lo que establece el artículo 160 fracción XIV de la Ley de amparo al señalar:

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

Estas disposiciones, tanto la constitucional como de la ley de amparo protegen la integridad física por lo consiguiente también la moral de las personas que se encuentran sometidas a un proceso penal.

Es bien sabido que la verdad que busca obtener un proceso penal, es la verdad histórica y no la verdad jurídica como sucede en otro tipo de procesos, pues bien, el constituyente busco proteger la integridad física y moral de los individuos para llegar a la verdad histórica, ya que de otro modo sólo se llegaría a conocer una verdad jurídica que sería tal, por constar así en declaraciones firmadas por el reo obtenidas tal vez, mediante violencia u otros medios, sin importar si los hechos contenidos en esas declaraciones son reales.

Sería inútil hacer comentarios al respecto de como las autoridades vulneran estas disposiciones pues, es del dominio público que constantemente las declaraciones de las personas detenidas son arrancadas a través de la violencia tanto física como moral, e incluso en ocasiones las declaraciones son previamente elaboradas y sólo se les obliga a firmarlas y ratificarlas, por otra parte aunque son las autoridades policíacas e investigadoras los que tienen estas prácticas resulta interesante y hasta cierto punto incomprensible el tratamiento que la ley y la propia jurisprudencia le dan al hecho de que una persona alegue que fue obligada a declarar en su propio perjuicio, ya que tanto para la ley como para la jurisprudencia la retractación que hace un individuo de sus anteriores declaraciones sólo puede ser válida cuando está soportada por pruebas plenas que acrediten el hecho de que fue forzada a realizarla; pues bien, resulta casi imposible realizar esta tarea, en virtud de que generalmente los medios empleados para obtener una declaración forzada no dejan rastro alguna en la persona y mucho menos en las constancias procesales, pues como se ha dicho no sólo se emplea la violencia física sino la moral. No pretendemos decir con esto que en todos los casos las declaraciones sean arrancadas contra la voluntad de las personas pero si sucede con cierta frecuencia y por lo tanto creemos que sería muy bueno que se profundizará en la investigación de aquellos casos en que se alegue que una declaración fue arrancada con violencia, valiéndose de todos los medios técnicos posibles y del sentido común, ampliando tal vez el valor probatorio de los dictámenes periciales que sobre esta materia fueran rendidos y por otro lado que la jurisprudencia profundizará más y se actualizará al abordar este asunto ya que, es un hecho latente que se vuelve cotidiano.

Al respecto, nos permitimos transcribir una cita que el Dr. Zamora Pierce apunta en su libro de garantías y proceso penal:

"Oigamos a un abogado defensor: bueno sería saber, cómo pretende un juez que demuestre un indiciado que se le hizo creer que su mujer o su hija eran violadas en la habitación contigua, o que fue golpeado en el estómago y amordazado, le echaron agua gaseosa por las fosas nasales, si además la averiguación se acompaña (al ser consignada ante un juez) de certificados médicos de no presentar huellas de lesiones; expedidos desde luego por médicos de la misma institución (que practico los interrogatorios), o que estuvo tres días o más encerrado en una habitación oscura sin que se le permitiera sentarse, probar alimentos y hacer sus necesidades, si después de "confesar" se le permite descansar y asearse, y en el caso de una mujer, cómo se supone pueda demostrar que le aplicaron toques eléctricos en los senos y en sus órganos genitales, si todos estos procedimientos no dejan huella física alguna."(39)

Una garantía más es la contenida en el artículo 20 Constitucional Fracción III que señala:

"III.— Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y de la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca el hecho punible que se le atribuye puede contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria."

El contenido de esta fracción es netamente procesal y establece la garantía de que el reo sea informado de la acusación que existe en su contra, la naturaleza de esta y el nombre de su acusador (obviamente no el de el Ministerio Público, sino el de denunciante o querellante), estableciéndose como limite para proporcionar esta información el de cuarenta y ocho horas contadas a partir de que fue consignado ante la autoridad judicial, tendiendo que llevarse a cabo ésta diligencia en audiencia pública y con la posibilidad de que rinda su declaración preparatoria y decimos posibilidad en virtud de que como hemos apuntado no se le puede obligar a declarar.

(39) Ibid., P. 176.

La fracción cuarta del artículo 20 constitucional establece:

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

La garantía en cuestión establece el derecho que tiene el reo de ser careado, es decir, de ponerlo cara a cara con las personas que han declarado en su contra con la finalidad de que se puede hacerles las preguntas que estime necesarias para su defensa y también conocer a dichas personas.

Estos careos llamados en la práctica "constitucionales" no se deben confundir con los careos procesales ya que estos últimos se establecen como un verdadero medio de prueba y no solo como una garantía, a los careos procesales se les regula en los Códigos Adjetivos penales en los artículos 265 y 255 del federal y el local respectivamente y se dan cuando existen declaraciones contradictorias entre testigos, el denunciante y testigos, el denunciante y el procesado o testigos y el procesado, por lo tanto, podría darse el caso de que omitieran los careos procesales por falta de materia, pero la omisión de los careos constitucionales necesariamente implicaría una violación de garantías.

Existen otros tipos de careos que se denominan como supletorios, y consisten en que el Juez sostenga el dicho de la persona que se ausente, estos son los reglados por el artículo 268 del código federal y 229 del distrital, dichos careos adolecen de reelevancia en cuanto valor probatorio y por lo tanto omitimos mayores comentarios.

El artículo 20 fracción V, de la Constitución a la letra dice:

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

La disposición transcrita garantiza a todo procesado el derecho de que le sean recibidas todas y cada una de las pruebas que este ofrezca conforme a derecho y además incluye como obligación para la autoridad y el juzgador, el hecho de que ayude al procesado por medio de la fuerza pública para hacer que comparezcan las personas que solicite como testigos.

Esta fracción da el fundamento a las disposiciones adjetivas penales de carácter secundario y al mismo tiempo remite a ellas al mencionar "concediendole el tiempo que la ley estime necesario" Lo que quiere decir, que el derecho de ofrecer pruebas se encuentra supeditado a que éstas sean propuestas en tiempo y no que el procesado las pueda ofrecer en cualquier época, ya que en tal circunstancia no tendría sentido que existiera el llamado período de instrucción, que precisamente quiere decir que el Juez se va a hacer de datos suficientes para expresar su criterio en la sentencia.

Es indudable que las pruebas deberán de ser admitidas sin requerir de formalidades mayores, ya que inclusive en los artículos 206 del Código Federal de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se establece lo que se denomina como un sistema libre, es decir, que el procesado podrá ofrecer todo medio de prueba y deberá ser admitido.

En relación con la prueba penal transcribimos un apunte del Licenciado Alberto Gonzalez Blanco que dice:

"La prueba en materia penal puede recaer sobre: Las personas, si con ellas se trata de determinar sus condiciones psíquicas o somáticas, las cosas, cuando se trate de acreditar modalidades referidas a ellas; y los documentos y lo que se persigue es determinar su autenticidad o calidad jurídica".(40)

El artículo 20 fracción VI, textualmente señala:

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

La fracción en estudio establece dos garantías para los procesados:

- a).- La de ser juzgados en audiencia pública y
- b).- La de ser juzgados por un Juez o Jurado dependiendo del caso especial.

Por lo que se refiere a la audiencia pública sólo podemos decir que esto se refiere a que los procedimientos serán a la vista de toda la gente y no podrán llevarse a cabo procesos secretos sino que cualquiera que deseará asistir lo podría hacer, y en la realidad, al menos en la práctica común podemos observar que esta garantía se cumple día con día en todos los Juzgados Penales.

(40) Gonzalez Blanco Alberto, El Procedimiento Penal Mexicano, Editorial Porrúa, Págs.

En relación con la garantía de ser Juzgado o Jurado podemos apuntar que esto es muy raro que se de, ya que generalmente los procesos penales son sentenciados por un Juez y no por un Jurado, sin embargo, y para darle vigencia al mandato constitucional apuntaremos que siempre deberán ser juzgados por un jurado y no por un Juez, los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la nación, los delitos o faltas oficiales cometidos por funcionarios y empleados de la federación y del Distrito Federal, tal como lo dispone el quinto párrafo del artículo 111 Constitucional, en estos casos es factible aplicar las normas contenidas en los artículos 308 al 350 del Código Procesal Federal y 332 al 388 del Código Procesal del fuero común.

La fracción VII del artículo 20 Constitucional, no requiere de un análisis en especial y sólo diremos que consisten en el hecho de que al procesado se le deben facilitar todos los datos necesarios para su defensa, esto implica desde el hecho de proporcionarle el expediente para su consulta o cualquier constancia del mismo, hasta el hecho de pedir documentos que se encuentren en otras dependencias y con otras autoridades por medio del Juzgado.

Ahora corresponde el análisis de la fracción VII del artículo 20 de la Constitución que señala:

"VIII.- Será juzgado antes de cuatro meses si se tratará de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión y antes de un año si la pena máxima excediere de este tiempo;"

La garantía contenida en esta fracción es la que se denomina "de brevedad", misma que se encuentra en íntima relación con la que establece el artículo 17 de la Carta Magna que señala el hecho de que la justicia debe ser expedita.

Pues bien, es necesario apuntar que esta garantía rara vez se cumple en nuestro sistema judicial y lo más grave es que tal violación se da con apego total a la ley, ya que si como hechos dicho el procesado cuenta con la garantía de la fracción V del artículo 20 Constitucional, es decir, con el hecho de que se le podrán recibir todas las pruebas que ofrezca y conforme a la legislación ordinaria procesal hay pruebas que se pueden recibir una vez cerrada la instrucción, como es el caso de la inspección judicial que puede ser practicada después de cerrada la instrucción y durante la vista del proceso (artículo 144 del Código de Procedimientos Penales para el D.F.), pues entonces debemos inferir que esto puede traer como consecuencia que se sobrepasen los plazos constitucionales para dictar sentencia, en tal virtud la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que la garantía de defensa tiene mayor jerarquía que la de la brevedad, por tanto, el acusado podrá renunciar a la segunda para beneficiarse de la primera, además es necesario señalar que no existe una consecuencia de peso que resulte de la violación del término que señala la Constitución para sentenciar en un fallo de primera instancia ya que no abarca al tribunal de alzada y mucho menos al juicio de amparo. Aunado al problema de la garantía de defensa, existe también el derivado de los términos que señalan nuestros códigos de procedimientos penales tanto para formular conclusiones por el Ministerio Público como para dictar sentencia, ya que debemos recordar que estos plazos pueden ser ampliados dependiendo del volumen del expediente (artículo 315 y 329 del Código de Procedimientos Penales para el D.F.). En resumen, pensamos que si bien es cierto el espíritu del Constituyente fué el de procurar lo mejor para el inculpado, también lo es, que para que esta garantía de la brevedad se integre realmente al proceso penal y tenga eficacia, habría que llevar a cabo algunas reformas a los Códigos procesales.

La fracción IX del artículo 20 Constitucional expresamente dice:

"Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija el que los que le convengan. Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará a uno de su oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite;"

Esta garantía, también se denomina de defensa al igual que las de las fracciones IV y V del mismo artículo constitucional y previene la existencia de un abogado defensor para el inculcado, pues bien ésta garantía no solo establece el derecho que se menciona, sino que lo instituye como una figura sin la cual no habría proceso penal, ya que incluso ante la negativa del inculcado de nombrar defensor el juez tendrá la obligación de nombrarle uno de su oficio.

Si bien es cierto que el mandato constitucional establece que podrá designarse como defensor a una persona de confianza o a sí mismo y esto implicaría que el defensor no tendría que ser necesariamente licenciado en derecho, creemos que si es importante que la persona encargada de la defensa sea un profesional del derecho, por simple y sencilla razón de que su contraparte en el juicio, o mejor dicho la parte acusadora (el Ministerio Público), será necesariamente un licenciado en derecho y si el defensor no lo fuera habría una desigualdad procesal, aunque debemos decir, que en la práctica no hay mayor problema ya que generalmente piden que el defensor designado exhiba su cédula profesional, e incluso en el artículo veintiocho de la Ley Reglamentaria del artículo 5o. constitucional se prevé esta situación de que el defensor tenga título y cédula expedida por la Dirección General de Profesiones.

Ahora bien, podemos pensar que la actuación del defensor no debe comenzar hasta que ya fue dictado el auto de radicación, sino que como se prevé en los Códigos Adjetivos Penales, debe iniciar en la etapa de averiguación previa.

La fracción X del artículo 20 constitucional establece:

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

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

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención;"

La primera garantía contenida en éste apartado, también tiene una íntima relación con el artículo 18 constitucional, ya que prohíbe que sea prolongada la prisión por cualquier tipo de responsabilidad civil.

La segunda garantía, consideramos que difícilmente se violada en la práctica aunque nos declaramos incompetentes para opinar si ha llegado a suceder que la prisión se prolongue por más tiempo de lo que señale como pena el delito. ¿Podrá darse el caso?.

Y la tercera garantía que habla del cómputo que debe hacerse de la prisión preventiva a la prisión definitiva, es decir, si la pena que se impusiere fuera de 3 años y llevará en prisión preventiva 1, sólo restaría por purgar 2 años y pensamos que le sobra fundamento a esta garantía toda vez que la prisión preventiva que se da en los reclusorios del Distrito Federal es un verdadero encarcelamiento que sólo se distingue de la definitiva por el nombre.

Resultan aplicables a los temas expuestos los siguientes criterios jurisprudenciales y jurisprudencias definidas:

**"LIBERTAD CUACCIONAL.**— Para concederla, debe atenderse solamente a la pena que corresponde al delito imputado, tal cuál está señalado en la ley, sin tener en cuenta las atenuantes y agravantes que puedan existir, porque éstas son materia de la sentencia que pone fin al proceso." (41)

Jurisprudencia 173 (Quinta Epoca), Página 341 Sección Primer, Volumen la Sala. Apéndice al Tomo CVIII), se publicó con el mismo título, N<sup>o</sup>. 63, Pág. 167. (Esta Jurisprudencia ya no corresponde al actual texto constitucional).

(41)	Tomo I – Bravo, Lorenzo.....	936
	Tomo IV – Pineda, J. Guadalupe y Coags.....	361
	Tomo V – Pérez, José María.....	692
	Tomo VIII – Arrieta, Manuel.....	906
	Tomo IX – Acevedo Jesús.....	520

**"LIBERTAD CAUCIONAL.**— Al resolverse sobre la concesión de la libertad caucional, deben tenerse en cuenta las circunstancias modificativas de la naturaleza del hecho y de la responsabilidad penal que éste produce para el acusado."(42)

**"CONFESION DEL ACUSADO.**— Para que produzca los efectos de prueba plena, es necesario que se haga acerca de un hecho propio reconocido aceptándolo, y que éste comprobada la existencia del delito."(43)

(42)Tomo LII – Martínez Arenas, Wenceslao.....	2097
Tomo LXIII – Martínez Arenas, Wenceslao.....	1212
Tomo LXXIII – Juez Priemro de lo Criminal de Puebla...	7417
Tomo LXXVI – Martínez, Antonio.....	29
Tomo LXXXI – Valdés, Manuel.....	738

Jurisprudencia 177 (Quinta Epoca), Pág. 348, Sección Primera, Volumen 1a., Sala.— Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965, En la compilación de fallos de 1917 a 1954 (apéndice al tomo CXVIII), se publicó como el mismo título N°. 657, Pág. 1173.

(43) Tomo I – Loeza, Arsenio.....	784
Tomo III – Lemus, Francisco.....	106
Tomo IV – Argueñal, Manuel.....	961
Tomo VI – Suárez, Francisco.....	203
Vivanco de H., Carlos.....	1043

Jurisprudencia 253, Compilación de fallos de 1917 a 1954 (Apéndice al tomo CXVIII), Pág. 491.

**"CONFESION COACCIONADA, PRUEBA DE LA.**— Cuando el confesante no aporta ninguna prueba para justificar su aserto de que fue objeto de violencias por parte de alguno de los organos del Estado, su declaración es insuficiente para hacer perder a su consional inicial el requisito de espontaneidad necesaria para su validez legal". (44)

**"CAREOS.**— Los careos entre el ofendido y el acusador y los testigos de descargo no son de aquellos a que se refiere la fracción IV del artículo 29 Constitucional cuya omisión pueda dar origen a la reposición del procedimiento puesto que no se influyen dentro de las hipótesis comprendidas por el artículo 160 de la Ley de Amparo."(45)

(44) Amparo directo 4233/1995 – Pedro Rosas Morales. Unanimidad 4 votos Vol. XVI, Pág. 86,

Amparo directo 4925/1955 – Alberto Morales Flores. Unanimidad de 4 votos Vol. XVI, Pág. 86.

Amparo Directo 4231/1955 – Félix Flores. Unanimidad de 4 votos Vol. XVI, Pág. 86.

Amparo directo 8174/1959 – J. Jesús Méndez Flores. Unanimidad de 4 votos. Vol. XLII, Pág. 11

Amparo directo 6131/1959 – José Gómez Durán. Unanimidad de 4 votos. Vol. XLIV, Pág. 49.

Jurisprudencia 77 (Sexta Epoca), pág. 169, Sección Primera, Volumen 1a. Sala – apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965.

Tesis de Jurisprudencia Definida número 81, Apéndice 1917 – 1975, Segunda Parte, Primera Sala, Pág. 171.

(45) Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. XXVII, Pág. 29, A.D. 631/59. Luis Morel Suárez. Unanimidad de 4 votos.

**"CAREOS PROCESALES CAREOS CONSTITUCIONALES.**— La ley de amparo considera que existe indefensión únicamente en el caso en que se haya practicado el careo entre el acusado y quién le hace una imputación; careo que debe considerarse como constitucional; pero si existen contradicciones entre los testigos, la falta de careos entre ellos no entraña indefensión, y puede el juez, de acuerdo con las normas de valoración de la prueba, decir sobre el valor probatorio del dicho de los testigos."(46)

**"DEFENSA, GARANTIA DE.**— La obligación impuesta a la autoridad de instancia por la fracción IX del artículo 20 constitucional, surte efectos a partir de que el indiciado es puesto a disposición de la autoridad judicial, y ésta al recibir la declaración preparatoria del presunto responsable tiene la obligación ineludible de designarle defensor si es que aquél no lo ha hecho; mas la facultad de asistirse de defensor a partir de la detención del acusado, concierne única y exclusivamente a éste, por lo que si no lo tuvo desde el momento en que fue detenido, esa omisión es imputable al propio acusado y no al juez instructor."(47)

(46) Amparo directo 8371/1963. Ricardo barajas Arana. Julio 23 de 1964. Unanimidad de 4 votos. Ponente; Mtro. Abel Huitrón y Aguado.— 1a. Sala .— Sexta Epoca, volumen LXXXV, Segunda Parte, Pág. 11.

(47) Septima Epoca, Segunda Parte:

Amparo directo 4942/71. Elia Payán Alcalá. 5 votos, Vol. 39.

Amparo directo 5925/71. Julio Carbajal Reséndiz, Unanimidad de 4 votos, Vol 48.

Amparo directo 5934/73. Víctor Manuel Santiago Rodríguez y Antonio Martínez Alba. Unanimidad de 4 votos, Vol. 67

Amparo directo 1194/74. Francisco Hernández Ruiz 5 votos, Vol. 72

Amparo directo 5770/74. Ignacio García Coronado. 5 votos, Vol. 72.

Tesis de Jurisprudencia definida número 87, Apéndice 1917–1985, Segunda Parte, Primera Sala, Pág. 198.

**"USURPACION DE FUNCIONES. ABOGADO DEFENSOR.**— El artículo 209, fracción II del Código Penal de Guanajuato sanciona a quien se atribuye el carácter de profesionista sin tener título legal y ejerza actos propios de la profesión. Este precepto requiere que el acusado se atribuya u ostente el carácter de abogado sin tener el título, y que concomitantemente ejerza algunas de las funciones de tal, es decir, que comparezca ante las autoridades haciendo valer aquel carácter. Por lo demás, debe tenerse presente que el artículo 20, fracción IX, de la Constitución, permite que el acusado sea defendido por persona de su confianza, sin exigirse allí el requisito de título profesional. Si el juzgador desconoce estos principios y condena al quejoso por el delito de usurpación de profesión de abogado, viola las garantías."(48)

**"JURADO POPULAR.**— Del contexto de la fracción VI del artículo 20 constitucional, se deduce de manera clara que no es forzoso que todos los delitos que se castiguen con pena de más de un año de prisión se juzguen por el jurado popular, sino que la Constitución ampliamente concede a los Estados, la facultad de elegir entre un juez de derecho o un tribunal de hecho."(49)

(48) Amparo directo 3733/53. Boletín de Información judicial 1956. Primera sala.  
Pág.80.

- (49) Tomo XV – Colin Angel.....706  
Tomo XXVIII – Maytorena, José María.....843  
Tomo XXIX – Hinojosa, Pedro.....652  
Tomo XXX – Cuevas, Miguel Félix.....727  
Tomo XXX – Meza, Pablo.....2017

Jurisprudencia 157 (Quinta Epoca), Pág. 305, Sección Primera, Volumen 1a. Sala.—  
Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965.

Tesis de Jurisprudencia definida número 141, Apéndice 1917–1985, Segunda Parte,  
Primera Sala, Pág. 286.

**"PROCESOS. DEBEN FALLARSE EN AUDIENCIA PUBLICA CON ASISTENCIA DEL MINISTERIO PUBLICO.**— Conforme a la garantía consignada en la fracción VI del artículo 20 constitucional, todo reo será juzgado en audiencia pública; siendo imprescindible la presencia del representante social en esa audiencia."(50)

**"PROCESOS. TERMINOS PARA CONCLUIRLOS.** La violación del artículo 20 constitucional, fracción VIII, es inoperante si aunque de verdad que el quejoso fue sentenciado después de los plazos que ese precepto establece, los hechos quedaron consumados de modo irreparable; y lo que quedaría sería únicamente el derecho del acusado para exigir a los funcionarios que incurrieron en esta omisión, la responsabilidad consiguiente."(51)

(50) Tomo LVI – Gamboa Baqueiro, Fernando.....2205

Tomo LVIII – Fernández, Esteban.....302

Tomo LX – Márquez Martínez, Calixto.....788

Tomo LXII – González Rodríguez, Félix.....652

Tomo LXIII – Lozano Velázquez, Rosalío.....3001

Jurisprudencia 229 (Quinta Epoca), Pág. 468, Sección Primera, Volumen 1a. Sala – Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965. En la compilación de fallos de 1917 a 1954 (apéndice al tomo CXVIII), se publicó con el mismo título, N°. 819, 1495.

Tesis de Jurisprudencia Definida número 197, Apéndice 1917–1985, Segunda Parte, Primera Sala, Pág. 436.

(51) Amparo directo 4196/1958. Domitilo Rico Parmo. 5 votos Volumen XXII.....149

Amparo directo 3013/1959. Jesús Mendoza Paz. 5 votos Volumen XXVI.....115

Amparo directo 6873/1958. Jesús Amaro Báez. Unanimidad de 4 votos Volumen XXXII.....80

Amparo directo 3458/1959. Ramón Guerrero Manjarrez. Unanimidad de 4 votos Volumen XXXVI.....82

Amparo directo 6100/1960. Belisario Valdez Moreno. Unanimidad de 4 votos Volumen XLII.....21

Jurisprudencia 232 (Sexta Epoca), Pág. 473, Sección Primera, Volumen 1a. Sala.— Apéndice de Jurisprudencia de 1917 1965.

Tesis de Jurisprudencia Definida número 246, Apéndice 1917–1975, Segunda Parte, Primera Sala, Pág. 534.

Tesis de Jurisprudencia Definida número 199, Apéndice 1917–1985, Segunda Parte, Primera Sala, Pág. 438.

## G) LAS GARANTIAS DEL ARTICULO 23 CONSTITUCIONAL.

El artículo 23 de nuestra Constitución Federal encierra tres garantías a saber:

- 1.- La que consiste en que ningún juicio criminal podrá tener más de tres instancias.
- 2.- La que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito.
- 3.- Y la prohibición de absolver de la instancia; en este apartado nos ocuparemos de las dos primeras ya que la última es la parte medular del último capítulo de este trabajo y por lo tanto solo nos limitamos a enunciarla.

La primer garantía contenida en el artículo 23 constitucional establece que ningún juicio criminal, es decir penal, podrá tener más de tres instancias, con los que se pretende evitar que se sigan proceso eternos, pero al mismo tiempo se considera que dentro de estas tres instancias podrá llegarse a conocer la verdar histórica cuestión ésta que es la que importa al derecho penal.

La primera instancia comienza cuando el Ministerio Público ejercita la acción penal y se dicta auto de radicación comenzado así un proceso penal en que ésta representación social interviene con el carácter de parte acusadora, ésta instancia va a concluir con el pronunciamiento de una sentencia definitiva dictada por el Juez de la causa y pudiera suceder que con ésta sentencia termine el proceso penal lo cual sólo se dará sin ninguna de las dos partes ( el Ministerio Público y el sentenciado )

interponen recurso en contra de dicha resolución, pero también puede ocurrir que alguna de esta dos partes se inconformen con la sentencia y por lo tanto interpongan el recurso de apelación en contra de ésta y va a ser en ese momento cuando se abrirá la segunda instancia la cual va a concluir cuando el tribunal de alzada pronuncie su sentencia definitiva.

Ahora bien, una vez concluida la segunda instancia puede ocurrir que el sentenciado se sienta inconforme con dicha resolución y por lo tanto, inicie un juicio de amparo, el cual es un juicio autónomo.

Todavía después de concluido el juicio de amparo y en el caso de que haya negado el amparo y protección de la Justicia Federal el sentenciado podrá iniciar el trámite respectivo de lo que se conoce como indulto necesario en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Artículo 614 o bien el reconocimiento de inocencia del sentenciado si se trata de la materia federal (artículo 560), mismos que se ventilan ante el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Con esto, nos damos cuenta de un proceso penal podría alargarse a más de tres instancias, pero sin embargo éstas funcionan en beneficio del reo.

La segunda garantía que contiene el Artículo 23 constitucional, es la que establece el principio de "Non Bis In Idem", es decir que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, para que se de la violación a ésta garantía es necesario que se conjuguen varios elementos que a continuación enumeramos:

- 1.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación considera a alguien como Juzgado cuando el proceso que se le instruyó termina con sentencia ejecutoriada.
- 2.- Que se trate de la misma persona.
- 3.- Que se trate del mismo delito, entendiéndose como tal a la conducta y no al tipo penal y se considerarán solo como juzgadas las conductas conocidas antes de dictar el auto de formal prisión.
- 4.- Que la primer sentencia haya sido dictada por un juez competente.
- 5.- Que sea un juicio en materia penal, ya que podría suceder que por la misma conducta se derivara un proceso administrativo o de cualquier otra materia como por ejemplo un delito fiscal derivado de algún tipo de responsabilidad fiscal lo que implicaría iniciar un procedimiento administrativo y un procedimiento penal sin que por ello se violará la garantía en comento.

Por lo tanto, para que alguien pueda acudir a promover un juicio de amparo por violación a ésta garantía tendrán necesariamente que reunirse todos los elementos enumerados ya que de lo contrario el amparo no prosperará.

Resultan aplicables a la garantía en estudio los siguientes criterios jurisprudenciales:

**"ARTICULO 23 CONSTITUCIONAL.**— Para que pueda reputarse violada la garantía del artículo 23 constitucional, es indispensable que tenga existencia jurídica la sentencia primeramente dictada, pero si este fallo, por razón de la incompetencia del tribunal, o por otra causa, no es anulable sino inexistente, sin duda alguna no se viola la citada garantía porque se enjuicie al acusa por tribunal competente."(52)

**"ARTICULO 23 CONSTITUCIONAL.**— No puede alegarse la violación de ese artículo, cuando por presentarse nueva acusación por el Ministerio Público, en virtud de no ser exacta la primera clasificación del hecho delictuoso, se abre el proceso correspondiente, sobrellevandose al respecto de la acusación primeramente presentada.

Para que se pueda reputar que un acusado ha sido juzgado por un delito, es necesario que exista la instancia correspondiente del Ministerio Público y la declaración del juzgador acerca de la culpabilidad o inocencia de enjuiciado; pero la no acusación del Ministerio Público, con relación a determinado delito y el auto del juez que manda archivar las diligencias. No puede decirse que constituyan un juicio acerca de la culpabilidad o inocencia del acusado, ni que éste haya sido juzgado por un delito del que no fuere acusado.

Lo que prohíbe el artículo 23 constitucional, es que se formen dos causas por el mismo hecho delictuoso."(53)

(52) S.J.F., Quinta Epoca, Tomo XXXII, Pág. 1397.

(53) T. VIII, p. 789, Amparo penal en revisión, Howat José, 19 de abril de 1921, unanimidad de votos.

## CAPITULO II

### EL PROCEDIMIENTO PENAL

#### A) ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

En el presente apartado del capítulo segundo vamos a penetrar al estudio de las diversas etapas que se prevén para el procedimiento penal en el fuero común, por lo cual primeramente necesitamos apuntar que es lo que se debe entender por procedimiento; para el maestro Manuel Rivera Silva, el procedimiento penal puede definirse de la siguiente manera:

"Reuniendo todos los datos a que hemos hecho referencia, podemos definir el procedimiento penal como el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos que tienen por objeto determinar que hechos pueden ser calificados como delito para, en su caso aplicar la sanción correspondiente."(54)

Partiendo de ésta definición, ahora nos toca apuntar cuales son las fases en las que se desarrolla el Procedimiento Penal el que dividimos de la siguiente forma:

- I.- Averiguación previa.
- II.- Proceso.
- III. Conclusiones.
- IV. Sentencia.
- V. Ejecución de Sentencia.

Cada una de éstas etapas presenta características especiales de las cuales nos ocuparemos pasando a su análisis particular.

(54) Rivera Silva Manuel, El procedimiento penal, Editorial Porrúa. P.23.

## **I.- AVERIGUACION PREVIA.**

La averiguación previa es la primera fase de todo procedimiento penal y sólo puede iniciarse por alguna de las siguientes formas:

- a).- denuncia
- b).- querella
- c).- excitativa

a).- A la denuncia la debemos entender como la relación de actos que el relator supone delictuosos, que se hace ante la autoridad investigadora, o sea el Ministerio Público, y en el entendimiento de que el denunciante puede ser o no el sujeto pasivo de delito y también independientemente de que tenga interés o no lo tenga en el hecho de que se persiga el delito hasta sus últimas consecuencias.

b).- La querella puede ser definida como la narración de hechos que se hace el ofendido o su representante legítimo (sujeto pasivo del delito), ante el órgano investigador, con el deseo de que se castigue al delincuente.

Esta manera de iniciar la averiguación previa es requisito indispensable para la persecución de los delitos llamados "de querella necesaria" de los que nos habla el artículo 263 del Código de Procedimientos Penales para el D.F.

c).- La excitativa, es una solicitud hecha por el representante de un gobierno extranjero para que sea perseguido el que haya ofendido a la Nación que representa, a su gobierno o a sus agentes diplomáticos en este País. La excitativa viene a ser una especie de querella que encuentra su soporte jurídico en el artículo 360 fracción segunda del Código Penal Vigente.

Pues bien, realizado que sea cualquiera de los supuestos mencionados cobra vida la averiguación previa y se procede a iniciar una serie concatenada de actos a fin de establecer si es procedente ejercitar la acción penal o no, estos actos tienen sus reglas establecidas en los artículos 262 al 286 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Hay que tener presente que en la etapa de averiguación previa el Ministerio Público interviene con el carácter de autoridad apuntamos ésto, ya que ese carácter no lo conserva durante el desarrollo de todo el procedimiento penal.

Una vez que el Ministerio Público ha realizado toda su investigación allegándose las pruebas necesarias, éste podrá tomar tres diferentes determinaciones a saber:

- 1.- Consignación
- 2.- Reserva
- 3.- Archivo

1.- La determinación de consignar implica necesariamente que los datos que arroja la averiguación previa hacen probable la responsabilidad del indiciado y que se ha comprobado el cuerpo del delito, por lo tanto el Ministerio Público ejercita acción penal a través de pliego consignatorio solicitándole al Juez ante el que se haya consignado al presunto, ordene su aprehensión cuando se trate de consignación sin detenido.

2.- La reserva se da cuando por una dificultad material no se han podido realizar algunas diligencias y averiguación previa dando como resultado la imposibilidad para que el Ministerio Público ejercite acción penal, atento a lo dispuesto por el artículo 16 constitucional y por lo tanto se seguirán investigando los hechos pasándose la averiguación a la reserva hasta que sea posible integrarla y así dictar una determinación diferente.

3.- El archivo se da cuando agotada una averiguación previa, ésta arroja datos que no hacen probable la responsabilidad del iniciado ni tampoco se ha podido comprobar, el cuerpo de algún delito, el Ministerio Público procederá a realizar una ponencia de no ejercicio de acción penal comunmente denominada como archivo. Sobre el tema del archivo la mayoría de los libros que hablan de procedimiento penal, no indican que sucede después de que el Ministerio Público ha emitido su ponencia de no ejercicio, pues bien, una vez que ésta ha sido realizada la misma se le notificará al denunciante o querellante, el cual contará con quince días naturales para inconformarse con dicha determinación, y acontecido lo anterior el Ministerio Público remitirá su ponencia a la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, para que se dictamine sobre su procedencia y en el caso de que ésta Dirección no esté de acuerdo con la ponencia propuesta, el Subprocurador será el que determina en definitiva, actuando por delegación y del Procurador realizándose todos estos actos con apoyo y fundamento en los artículos 6 fracción II, séptimo fracción X, 12 fracción VIII y 15 fracción II inciso "a" del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal publicado el 12 de enero de 1989.

Ahora bien, para continuar con el estudio de las etapas del procedimiento penal, tenemos que partir del supuesto de que la determinación del Ministerio Público sea la de consignar, lo cual, dará origen a la segunda etapa denominada proceso.

## II. – PROCESO

La etapa llamada proceso o instrucción, es en la cual el juzgador desde el primer momento va a tratar de allegarse todos los medios de prueba necesarios para normar su criterio y así poder establecer su sentir en la sentencia definitiva.

Esta etapa comienza con una fase que el maestro Manuel Rivera Silva llama de preparación del proceso, la cual, va desde el auto de radicación hasta el de formal prisión en su caso y al respecto dicho jurista apunta lo siguiente:

"Nos encontramos que lo primero que hace el Juez una vez que se ha ejercitado la acción penal, es dictar el auto cabeza de proceso o de radicación o de inicio".(55)

La actividad que debe realizar el Juez al dictar el auto de radicación la podemos enumerar de la siguiente manera:

- 1.– Ordena radicar la causa.
- 2.– Ordena se le de la intervención que corresponde al Ministerio Público.
- 3.– Ordena tomar al detenido su declaración preparatoria.
- 4.– Se le facilita la defensa al inculpado.
- 5.– Se dará aviso al Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- 6.– En el caso de que la consignación sea sin detenido se ordenara girar oficio a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal para la aprehensión del consignado.

(55) Ibid., P. 152.

Acto seguido, se procederá a tomar la declaración preparatoria del consignado dentro del término de cuarenta y ocho horas, contando estas, a partir de su puesta a disposición del Juez instructor.

Sin duda alguna, la llamada declaración preparatoria es una diligencia que reviste por demás una gran importancia para la defensa de todo individuo sujeto a un proceso penal, en virtud de que es en este acto judicial en que se le hará saber el porqué de su detención, informándolo del nombre de su acusador o acusadores, el delito que se le imputa, el nombre de las personas que declaran en su contra, el derecho que tiene a solicitar su libertad provisional en caso de que ésta sea procedente y el nombramiento de un defensor.

Apuntando esto, nos podemos preguntar ¿En dónde aparece la obligación de que declare el inculcado?, la respuesta es muy sencilla esa obligación no existe, ya que en observancia del artículo 20 fracción II de la constitución podemos decir que no puede ser compelido a declarar en su contra y por lo tanto el Juez sólo se limitará a preguntar al inculcado si desea declarar algo y en caso de que la respuesta sea negativa éste podrá declarar en cualquier otro momento dentro del proceso. Así pues, la declaración preparatoria se encuentra regulada en los artículos 287 al 295 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Es necesario recordar, que el término de cuarenta y ocho horas con que cuenta el Juez para llevar a cabo la declaración preparatoria se encuentra contenida en el de setenta y dos horas para dictar el auto constitucional.

Ahora bien, pasando al estudio del auto de formal prisión debemos apuntar que en éste, el Juez deberá valorar las pruebas que tenga a su alcance para determinar si se encuentra comprobado el cuerpo del delito y así mismo la presunta responsabilidad, y para comprender mejor ambos elementos torales del auto de formal prisión transcribimos lo que por ellos entiende el maestro Manuel Rivera Silva:

"Comprobar el cuerpo del delito es demostrar la existencia de los elementos de un proceder histórico que encaja en el delito legal."(56)

"En resumen, la probable responsabilidad existe cuando se pretenden determinar pruebas por las cuales se puede suponer la responsabilidad de un sujeto."(57)

En caso de que el Juez encuentre reunidos y comprobados los dos elementos mencionados, procederá a dictar el auto de formal prisión apegándose para ello a lo que establecen los artículos 297 y 314 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, mismos que a continuación se transcriben:

"Artículo 297.- Todo auto de prisión preventiva deberá de reunir los siguientes requisitos:

- I.- La fecha y hora exacta en que se dicte;
- II.- La expresión de delito imputado al reo por el Ministerio Público;
- III.- El delito o delitos por los que deberá seguir el proceso y la comprobación de sus elementos;

(56) Ibid., P. 163

(57) Ibid., P. 168

- IV. – La expresión de lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y demás datos que arroje la averiguación previa que serán bastantes para tener por comprobado el cuerpo del delito;
- V.– Todos los datos que arroje la averiguación, que hagan probable la responsabilidad del acusado, y
- VI.– Los nombres del Juez que dicte la determinación y del secretario que la autorice;"

"Artículo 314.– En el auto de formal prisión se ordenará poner en proceso a la vista de las partes para que propongan, dentro de quince días contados desde el siguiente a la notificación de dicho auto, las pruebas que estimen pertinentes..."

Así las cosas, también puede presentarse el caso de que se hubiere comprobado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, pero la pena prevista para ese delito no sea corporal, ante tales circunstancias se tendrá que dictar el auto denominado de sujeción a proceso; o bien puede suceder que no se hubieran comprobado ambos elementos ya mencionados, procediéndose en tal circunstancia a dictar el auto de libertad por falta de elementos para procesar, en éste orden de ideas y una vez que ha sido dictado el auto de formal prisión se dan dos posibilidades:

- a).– La apertura de un procedimiento sumario.
- b).– La apertura de un procedimiento ordinario.

a).– El primer caso procede cuando concurre alguno o algunos de los supuestos contemplados en el artículo 305 del Código de Procedimientos Penales para el D.F. los cuales serían los siguientes:

- 1.- Cuando se trate de flagrante delito;
- 2.- Cuando exista confesión rendida precisamente ante la Autoridad Judicial.
- 3.- Cuando la pena aplicable no exceda en su término medio aritmético de cinco años de prisión, o sea alternativa o no privativa de libertad.
- 4.- Cuando dictado el auto de formal prisión o en su caso el de sujeción a proceso, ambas partes se conformen con el, ya sea en el mismo acto o dentro de los tres días siguientes a la notificación y no tengan más pruebas que ofrecer salvo las conducentes a la individualización de la pena o medida de seguridad y el Juez no estime necesario realizar otras diligencias.

Cabe señalar, que una vez que sea abierto el procedimiento sumario aún existe la posibilidad de que el inculpado o su defensor soliciten la revocación de éste procedimiento dentro de los tres días siguientes a su notificación en los términos del artículo 306 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal

En el caso de que no se solicitada tal revocación se ordenará poner a la vista de las partes el proceso, para que dentro del término de diez días proponga las pruebas a desahogar, recordando que en ésta etapa el Ministerio Público ya no actúa como autoridad sino como parte acusadora.

La audiencia para el desahogo de las pruebas, se llevará a cabo dentro de los diez días siguientes a que se resuelva sobre la admisión de las mismas, y aunque no se menciona en el Código debemos considerar que una vez que han sido desahogadas éstas se cerrará la instrucción, tal y como sucede en el procedimiento ordinario ya que la única diferencia entre ambos procesos es el tiempo en que se desarrollan.

b).— Una vez que ha sido abierto el procedimiento ordinario o en su caso revocado el sumario, el Juez ordenará poner a la vista de las partes el proceso, para que en el término de quince días proponga las pruebas pertinentes, mismas que serán desahogadas en el término de treinta días, entendiéndose que estos términos solo se computan por días hábiles como lo señalan los artículos 57 y 58 del Código de Procedimientos Penales para el D.F., así mismo se establece en el artículo 314 del mismo ordenamiento la ampliación por diez días más del término señalado, y habiendo transcurrido estos plazos se declarará cerrada la instrucción.

En éste orden de ideas, nos podemos preguntar ¿Cuáles son las pruebas que pueden ser ofrecidas?. Pues bien, tanto en el procedimiento sumario como en el ordinario se pueden ofrecer las siguientes pruebas:

- 1.— La confesión Judicial;
- 2.— Los documentos públicos y privados;
- 3.— Los dictámenes de peritos;
- 4.— La inspección judicial;
- 5.— Las declaraciones de testigos;
- 6.— Las presunciones;

Y por último, podemos agregar que también se pueden ofrecer todos los medios de prueba que para el caso concreto sean pertinentes, en los términos del artículo 135 último párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y con fundamento en el artículo 14 Constitucional, recordando que en nuestro sistema de enjuiciamiento penal se da la prueba libre, aunque debemos tener presente que cada una de las pruebas presenta sus peculiaridades para su deshogo, por lo que tendremos que remitirnos al estudio particular de los artículos 135 al 245 del ordenamiento en Estudio.

### III.- CONCLUSIONES.

Una vez que ha sido cerrada la instrucción se pasará a la llamada etapa de conclusiones. En el procedimiento ordinario el artículo 315 establece que cuando la instrucción ha sido cerrada, se pondrá a la vista de las partes el proceso por el término de cinco días, para cada una, con el objeto de que sean formuladas las conclusiones respectiva y secuencialmente, ya que primero son formuladas las del Ministerio Público y posteriormente las de la defensa.

En relación con éste tema, la doctrina califica a las conclusiones como el acto procedimental mediante el cual se van a centrar los puntos de debate de una y otra parte. Nosotros pensamos que la etapa de conclusiones es, junto con la probatoria la parte fundamental del procedimiento penal, sobre todo para la defensa, en virtud de que mediante ellas vamos a conocer los razonamientos jurídicos del Ministerio Público, mediante los cuales se pretende establecer el futuro de la situación jurídica de un sujeto.

En está etapa, el legislador reguló con mayor rigor a las conclusiones que debe rendir el Ministerio Público tal y como se desprende de la lectura del artículo 345 párrafó segundo en que se previene el camino a seguir ante la falta de presentación de conclusiones por parte del Ministerio Público, en la misma línea los artículos 316 y 317 señalan los requisitos formales que deben revestir las conclusiones del órgano acusador:

"Artículo 316.- El Ministerio Público, al formular sus conclusiones, hará una exposición sucinta y metódica de los hechos conducentes, propondrá las cuestiones de derecho que de ellos surgan, citará las leyes, ejecutorias o doctrinas aplicables y terminará su pedimiento en proposiciones concretas."

"Artículo 317.— En las conclusiones que deberán presentarse por escrito, se fijaran en proposiciones concretas los hechos punibles que se atribuyan al acusado, solicitandole la aplicación de las sanciones correspondientes, incluyendo la reparación del daño y perjuicio, con cita de las leyes de jurisprudencia aplicables al caso. Estas proposiciones deberán contener los elementos de prueba relativos a la comprobación del cuerpo del delito y los conducentes a establecer las responsabilidades penal."

También se encuentra contemplado el supuesto de que el Ministerio Público presente su pliego conclusivo en forma contraria a las constancias procesales y en tal caso se procederá a mandar a revisión las conclusiones al Procurador General de Justicia del Distrito Federal para que escuchando a sus auxiliares, las revoque, las confirme o las modifique tal y como lo ordena el artículo 320 del Código Penal Adjetivo, en ésta situación si el Procurador, al contestar formula una no acusación, el Juez al recibirlo dictará el sobreseimiento del asunto y como consecuencia lógica se ordenará la libertad del procesado, en virtud de que el sobreseimiento produce todos los efectos de una sentencia absoluta.

Hasta ahora, hemos apuntado las consecuencias que acarrea el hecho de que el Ministerio Público no formule sus conclusiones, pero ¿Qué pasa si es el defensor el que comete tal omisión? la respuesta a éste interrogante la proporciona el artículo 318 que señala que en tal situación, se tendrán de un modo ficto por formuladas las de inculpabilidad imponiéndose en tal caso una multa al defensor. Con ésta disposición se pretende conservar la igualdad procesal y evitar el estado de indefensión y en última instancia el que se retardara más el proceso.

Así pues, un vez que se hayan presentado las conclusiones de las partes o que se tengan por formuladas las de inculpabilidad, se citará para que tenga lugar la audiencia de vista la que se llevará a cabo dentro de los cinco días siguientes, siendo requisito indispensable para su celebración la presencia de ambas partes. En la audiencia de vista se pueden ofrecer nuevas pruebas, las que tengan el carácter de supervenientes o bien la propia confesional del acusado, desahogándose los alegatos de las partes y una vez que sean incluidos el Juez ordenará pasar los autos a su presencia para dictar sentencia definitiva.

Ahora bien, en el procedimiento sumario la etapa de conclusiones se lleva a cabo en la propia audiencia de pruebas, pudiendo formular aquellas en forma oral, o bien reservándose el derecho de presentarlas por escrito para lo cual se contará con un término de tres días, observándose todas las reglas apuntadas para la etapa de conclusiones en el procedimiento ordinario, con la salvedad de que en el sumario no se contempla a la audiencia de vista.

#### **IV. SENTENCIA.**

La sentencia es definida por el diccionario de Legislación y Jurisprudencia Escriche de la siguiente manera:

"Sentencia.— La decisión legítima del Juez sobre la causa controvertida en su tribunal. Se llama así a la palabra latina sintiendo, por lo que el Juez declaró lo que siente según lo que resulta del proceso. La sentencia es de dos maneras interlocutoria y definitiva. Es interlocutoria la que decide algún incidente o artículo del pleito y dirige la serie y orden del juicio. Es definitiva la que se da sobre la sustancia o el todo de la causa absolviendo o condenando al demandado o reo."(58)

(58) Ibid., T.II, P. 1452.

Resuelta pues, bastante completa la definición que nos proporciona el diccionario Escriche y en relación a ello debemos decir que de acuerdo a la etapa que pretendemos analizar nos ocuparemos de la sentencia definitiva y no así de la interlocutoria.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, dice que una vez que sea declarado como visto un proceso, el Juez tendrá un término de diez días para dictar la sentencia y si el expediente fuera mayor de docientas fojas, por cada cien de exceso o fracción se aumentará un día más sin que se pueda sobrepasar el término de treinta días hábiles (artículo 329).

También existe otro término que regula a la sentencia definitiva y es el que estudiamos al analizar el artículo 20 fracción VII, de la Constitución, sólo que a diferencia del anterior éste término comienza a correr a partir de que se dicta el auto de formal prisión.

Las sentencias deben revestir una forma determinada, misma que se establece en el artículo 72 del Código de Procedimientos Penales para el D.F. al señalar:

"Artículo 72.— Toda resolución Judicial expresará la fecha en que pronuncie...

La sentencias contendrán:

I.— El lugar en que se pronuncie;

II.— Los nombre y apellidos del acusado, su sobrenombre si lo tuviere, el lugar de su nacimiento, su edad, su estado civil, su residencia o domicilio y su profesión;

- III.- Un extracto breve de los hechos exclusivamente conducentes a los puntos resolutive de la sentencia;
- IV.- Las consideraciones y los fundamentos legales de la sentencia; y
- V.- La condenación o absolució correspondiente y los demás puntos resolutive."

Podemos decir, que por su resultado las sentencias se dividen en absolutorias se pueden dictar cuando se actualizan los supuestos de los artículos 247 y 316 del Código Penal adjetivo, o cualquier otro que no de soporte jurídico para que el Juez tenga por probada la responsabilidad penal y la condición del delito y sobre este particular el maestro Manuel Rivera Silva, apunta lo siguiente:

"La sentencia absolutoria debe dictarse en los siguientes casos:

- I.- Cuando hay plenitud probatoria de que el hecho no constituye un ilícito penal;
- II.- Cuando hay plenitud probatoria de que al sujeto no se le puede imputar el hecho;
- III.- Cuando hay plenitud probatoria de que el sujeto no es culpable (ausencia de dolo o de omisión espiritual);
- IV.- Cuando está acreditada la existencia de un caso de justificación o de una excusa absolutiva;
- V.- Cuando falta la comprobación de un elemento constitutivo del cuerpo del delito o pruebas suficientes que acrediten la plena responsabilidad;
- VI.- En caso de duda."(59)

(59) Ibid., P. 302.

Una vez apuntado lo anterior por exclusión podemos obtener los supuestos para la sentencia condenatoria, en la cuál se puede presentar o no la condena a la reparación del daño y decimos que no siempre se presenta, porque está además de ser solicitada debe de ser probada en cuanto al monto que se va a condenar, lo que generalmente se hace a través de un incidente de reparación de daño que a diferencia de otros no se resuelve mediante sentencia interlocutoria, sino en la propia definitiva.

Por último, debemos apuntar que no debe confundirse a la sentencia definitiva con la sentencia ejecutoriada, ya que la primera admite recurso en su contra y la segunda es irrevocable.

En esté orden de ideas y ya que hablamos de la sentencia definitiva en cuanto a su posibilidad de recurrirla, es oportuno apuntar brevemente algo en relación de los recursos que se contemplan en el proceso penal.

El licenciado Eduardo Pallares define al recurso en los siguientes términos:

**"RECURSOS.-** Principios generales.— 1.— Los recursos son los medios de impugnación que otorga la ley a las partes y a los terceros para que obtengan, mediante ellos, la revocación o modificación de una resolución judicial, sea esta auto o decreto."(60)

(60) Pallares Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, P. 681

Ahora bien, los recursos que regula el Código de Procedimientos Penales para el D.F., son los siguientes:

- a).— Revocación (artículos 412 a 413);
- b).— Apelación (artículo 414 al 434):
- c).— Denegada apelación (artículos 435 a 442)
- d).— Queja (artículos 422 bis)

Debemos apuntar que en materia penal el acusado no tiene obligación en cumplir con ninguna formalidad para interponer algún recurso a lo establecido por el artículo 409 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que a continuación se transcribe:

"Artículo 409.— Cuando el acusado manifieste su inconformidad al notificarse una resolución judicial, deberá entenderse interpuesto al recurso que procede.

Es decir, que el acusado únicamente debe inconformarse con la resolución y el Juez tendrá la obligación de acuerdo con la resolución con la que se inconforma el reo de tener por interpuesto el recurso que se encuentre previsto por la ley.

## **V.— EJECUCION DE SENTENCIA**

Una vez que una sentencia definitiva ha alcanzado la jerarquía de sentencia ejecutoriada se da a la etapa que se regula por el título sexto, capítulo I del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y que denomina como ejecución de sentencia.

Pensamos que el fundamento Constitucional de esta fase se encuentra en el artículo 18 de la Carta Magna, en el que se trata con abundancia el tema de la compurgación o extinción de las penas, tanto para hombres como para mujeres.

Pues bien, una vez que ha sido declarada como ejecutoriada y por lo tanto irrevocable una sentencia definitiva, obviamente condenatoria el Juez que proveyó expedirá una copia certificada para la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación social con todos los datos que identifique el sentenciado contando con un plazo de 48 horas a partir de que sea pronunciada para llevar a cabo esto. Así mismo, el agente del Ministerio Público adscrito al juzgado comunicará al Procurador General de Justicia del Distrito Federal el falló para que sea anexado a la información de estadística de ésta dependencia.

El Juez será el encargado de poner al reo a disposición de DGSCP y RS, siendo ésta la encargada de ubicar al sentenciado en el lugar que compurgará su pena.

Cuando un sentenciado pasa a la etapa de ejecución de sentencia se presentan por el una serie de circunstancias por las que puede pasar y según el caso concreto se le aplicarán o no, tales situaciones son:

**a).-- LIBERTAD PREPARATORIA.**— Cuando el reo cumpla los requisitos de los artículos 84 y siguientes del Código Penal. (artículo 583 al 593 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

**b).- LA RETENCION.-** Cuando el reo haya observado mala conducta al estar compurgando la segunda mitad de su condena. Actualmente ha quedado sin materia de retención debido a que se derogaron los artículo 88 y 89 del Código Penal para el Distrito Federal, (artículos 594 al 600 del Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal).

**c).- CONMUTACION DE SANCIONES Y SUSTITUCION DE LAS MISMAS.-** Se da cuando el sentenciado cumple con ciertos requisitos legales o se encuentra en algunos supuestos que marca la ley, dándose la aplicación de las penas más favorables o un tratamiento más benigno que la privación de la libertad (artículos 601 y 602 del Código de Procedimientos Penales para el D.F. y 56, 57, 70 y 73 del Código Penal para el Distrito Federal).

**d).- LA REHABILITACION.-** Tiene por objeto la reincorporación del sentenciado a sus derechos civiles, políticos y de familia, una vez que ha extinguido su pena, ésta rehabilitación debe ser otorgada por el Congreso de la Unión (artículos 603 al 610 del Código Penal para el D.F.)

**e).- EL INDULTO.-** Consiste en el perdón de la pena impuesta, concediéndose por gracia o bien en forma necesariza. (artículos 611 al 618 del Código de Procedimientos Penales para el D.F. y 94 zdel Código Penal para el D.F.)

En relación con el tema de ejecución de sentencia el Dr. Arilla Bas apunta:

"La ejecución de la pena se suspende:

a).- Condicionalmente en el caso del artículo 90 del Código Penal para el Distrito Federal.

b).— Forzosamente en el supuesto de que el condenado caiga en estado de enajenación mental (artículo 68, párrafo segundo Código Penal para el Distrito Federal y;

c).— También puede suspenderse por decisión de la Justicia Federal o de la autoridad responsable, dictada en el juicio de amparo.

Obviamente el lapso de suspensión, en el caso señalado en el inciso b) aunque el condenado permanezca privado de la libertad en un establecimiento destinado al tratamiento de enfermos mentales, no puede computarse dentro del término de la duración de la pena.

La pena se extingue por cumplimiento, indulto, amnistía y prescripción. Excepcionalmente la impuesta por el delito de adulterio se extingue también por el perdón del ofendido (artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal)".(61)

Sirven de apoyo a los temas que hemos apuntado en este apartado los siguientes criterios jurisprudenciales que transcribimos:

(61) Arilla Bas Fernando, El Procedimiento Penal en México, Editorial Cratos. P. 209.

**"AVERIGUACIONES PENALES.**— La simple indicación del proceso y las demás diligencias practicadas en la averiguación de un delito, si no restringen la libertad, derechos o posesiones de los acusados, no puede importar una violación de garantías."(62)

**"DECLARACION PREPARATORIA, FALTA DE DEFENSOR EN LA.**— Si el indiciado no ha estado asistido de defensor al rendir su declaración preparatoria, se viola en su perjuicio la garantía de seguridad jurídica que preserva el artículo 20, fracción IX de la Constitución General de la República pues la omisión de requisito impone estimar que jurídicamente no existe la declaración preparatoria, aún cuando el que declare nombre como defensor a quien no pudo hacerse saber el nombramiento, por no encontrarse presente, ya que, en ese caso, debió nombrarse al de oficio para que lo asistiera, y cuando no hiciere así deberá reponerse la diligencia, la cuál resulta por ello olegalmente paracticada, por lo que también debe dejarse insuficiente el auto de formal prisión reclamado, para que el juez instructor tome la adquisitiva al acusado, observando las formalidades constitucionales y, en su oportunidad, dicte la resolución que proceda."(63)

(62) Quinta Epoca:

Tomo IV, Pág. 1017.— Gil Romero de Koyashi, Ma.

Tomo VII, Pág. 862.— Mayorga, Mariano A.

Tomo VIII, Pág. 856. Domínguez, José R.

Tomo XVI, Pág. 1285.— Pérez, Modesto y Coag.

Tomo LXXII, Pág. 6512.— Gómez, Trinidad.

Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Seminario Judicial de la Federación. Segunda Parte. Primera Sala.

(63) Amparo en revisipon 204/971.— Jorge Sosa Marrufo.— 15 de octubre de 1971.—

Unanimidad de 4 votos.— Ponente: Guillermo Velasco Félix.

**"PROCESOS, AMPARO POR NO CONCLUIRLOS DENTRO DEL TERMINO CONSTITUCIONAL.**— El amparo que se enderece contra la violación consistente en que un proceso no se ha concluído dentro del término constitucional, no puede tener por efecto que se ponga en libertad al reo, sólo obligar a la autoridad responsable a que falle desde luego el proceso, absolviendo o condenando al inculpado." (64)

**"CONCLUSIONES DEL MINISTERIO PUBLICO.**— La cita equivocada que en ellas se hace de un artículo para el solo efecto de la penalidad aplicable no implica acusación por diverso delito y es irrelevante si la Representación Social, después de expner los hechos, pruebas y razones, concluyó acusando por el delito que quedó invocado desde la consignación y por el que siguió el proceso, tanto más que la acción presecutoria se ejercita por hechos y no por preceptos legales y de acuerdo con el artículo 21 Constitucional la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y la imposición de las sanciones es propia y exclusiva de la autoridad judicial."(65)

(64) Quinta Epoca :

Tomo IV, Pág. 573 .— Mireles, Alberto.

Tomo IV, Pág. 885 .— Arias, Jesús y Coags.

Tomo IV, Pág. 1239.— Romero, Ernesto.

Tomo V, Pág. 43 .— Espinoza, Pablo.

Tomo V, Pág. 997 .— Figueroa Romo y Coags.

(65) Amparo directo 2105/66.— Angel César.— 12 de mayo de 1970 Unanimidad de 4 votos.— Ponente: J. Ramón Palacios Vargas. Secretario: Horacio Cardoso Ugarte.

**"SENTENCIAS PENALES RECURRIBLES.**— Es improcedente el amparo que se endereza contra una sentencia penal de primera instancia, respecto de la cuál la ley concede algún recurso."(66)

**"CONDENA CONDICIONAL. AUSENCIA DE SOLICITUD.**— No es violatoria de garantías la sentencia que omite conceder la condena condicional, si en el quejoso no hizo petición alguna a ese respecto." (67)

(66) Quinta Epoca:

Tomo XXXIX, Pág. 587.— Del Moral García Miguel.

Tomo XLVII, Pág. 1851.— Rojas, Luis.

Tomo XLVII, Pág. 4653.— Cuaxtitlán, Abraham.

Tomo XLVIII, Pág. 798.— Magallanes, María Rosario

Tomo XLIX, Pág. 1223.— Navarro Ruíz, Florencio

Apendice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Seminario Judicial de la Federación. Segunda Parte. Primera Sala. Pág. 549.

(67) Sexta Epoca, Segunda Parte:

Vol. II, Pág. 16 A. D. 439/56.— Antonio Rubio Contreras.— 5 voto.

Vol. XII, Pág. 40. A. D. 3780/57.— Francisco Hernández Suárez.— Unanimidad de 4 votos.

Vol. XII, Pág. 41. A. D. 4648/57.— Pablo García Martínez—Unanimidad de 4 votos.

Vol. XXII, Pág. 47. A. D. 2807/55.— Benito Ortega y Coag.— Mayoría de 4 votos.

Vol. XXXIX, Pág. 40 A. D. 2215/60.— Juan García Lara.— Unanimidad de 4 votos.

Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Seminario Judicial de la Federación. Segunda Parte. Primera Sala. Pág. 144.

## **B).- ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL FEDERAL**

Corresponde ahora ocuparnos del procedimiento penal federal en sus diversas etapas y dada la similitud de éstas con las que se presentan en el procedimiento del fuero común, solo apuntaremos algunas situaciones diferentes o relevantes que se presentan en el fuero federal.

Primeramente, debemos establecer que en el procedimiento federal la encargada de perseguir los delitos ya no es la Procuraduría General de la Justicia del Distrito Federal, sino la Procuraduría General de la República a través de sus agentes federales, y el juez instructor no será uno del fuero común sino un juez de Distrito en materia penal, otorgándole tal competencia el artículo 51 de la Ley Organica del Poder Judicial de la Federación.

El artículo primero del Código Federal de procedimientos Penales, enumera las diversas etapas que son reguladas en el procedimiento penal federal y así en su primera fracción encontramos a la etapa de averiguación previa, en la que el Ministerio Público Federal y así en su primera fracción encontramos a la etapa de averiguación previa, en la que el Ministerio Público Federal tendrá que realizar una serie de investigaciones para formarse un criterio y determinar si procede una consignación; la fracción segunda habla de la preinstrucción, a la cual la ubicamos dentro del proceso al estudiar el procedimiento del fuero común, terminando dicha etapa con el atuo de término constitucional; la tercera fracción menciona a la fase de instrucción o proceso mismo, el cual abarca todo el período probatorio; en la fracción cuarta se habla del procedimiento de primera instancia que obviamente continua en la fase que hemos denominado proceso y se refiere a las conclusiones de ambas partes, conteniéndose así mismo en esa fracción a la etapa de la sentencia; la quinta fracción habal de la segunda instancia que por regla general se iniciara con la interposición del recurso de

apelación a la sentencia definitiva y que nosotros incluimos en la etapa de sentencia; en la fracción VI se comprende a la fase de ejecución de sentencia; y por último la fracción VII se ocupa del procedimiento para menores infractores el cual no abordaremos por no ser parte de este estudio.

### **I. AVERIGUACION PREVIA.**

Esta etapa se inicia de la misma forma que ha quedado anotada de forma genérica para el procedimiento del fuero común.

En el Código Federal de Procedimientos Penales, se hace una clara exposición del momento en que debe entenderse que un indiciado ha quedado a disposición del juez, lo cual es importante para el efecto de poder determinar cuando comienza a correr el término establecido en el artículo 142, tal disposición la encontramos en el artículo 134 del ordenamiento legal mencionado, el cual se reformó el 13 de diciembre de 1984 y el 23 de diciembre de 1985, con lo que se vino a regular con mayor fuerza los datos que debe contener el pliego de consignación.

También en el procedimiento federal se establece la posibilidad de que el Ministerio Público disponga la libertad del indiciado cuando se trate de delitos no intencionales o culposos con los apercibimientos y garantías respectivos tal y como lo señala el artículo 135 del código adjetivo, así mismo, se precisan los motivos que pueden originar el no ejercicio de acción penal o del sobreseimiento, destacándose el hecho de que tales determinaciones producirán efectos definitivos, es decir que no podrá reintentarse el ejercitar acción penal respecto a los hechos que se mencionen en dichas determinaciones, lo cual viene a contribuir con el principio de seguridad jurídica; ya que a diferencia de lo anterior en el fuero común la determinación de no ejercicio de acción penal no tiene efectos definitivos, por lo cual consideramos sumamente importante tal aportación que se encuentra contenida en el artículo 139 del Código Federal de Procedimientos Penales.

## II.PROCESO.

Pasando a la etapa del proceso en materia federal esta se inicia con la fase que el Código Federal de Procedimientos Penales denomina como instrucción y que contiene la preinstrucción, a la cual ya hemos hecho referencia cuando estudiamos el proceso en el fuero común denominándola en esa ocasión como preparación del proceso nombre que la da el maestro Rivera Silva, así pues, la preinstrucción dará inicio con el auto de radicación el cual puede ser dictado con detenido o sin detenido dependiendo de la consignación, para el primer caso, el juez pedirá por medio de oficio un informe al Director del Reclusorio para que le diga si ya se encuentra a disposición del juzgado el detenido en cuestión, en el momento en que el juez reciba la comunicación del ingreso del consignado se dictará el auto de detención comenzando a correr el término constitucional para determinar su situación jurídica y para que le sea tomada su declaración preparatoria, razón por la que al dictar el auto de detención debe ser precisada la fecha y la hora, así pues en este auto de detención se ordenará comunicarle al Director del reclusorio el día y la hora en la que tendrá que hacer comparecer al presunto responsable, al local del juzgado para que rinda su preparatoria.

Ahora bien, para el caso de que la consignación hubiere sido realizada sin detenido, el juez, en el auto radicación, de serle posible ordenará la aprehensión o bien según la situación contará con quince días para estudiar si la ordena o no, dependiendo de los elementos con que cuente, en los términos del artículo 142 del Código Federal de Procedimientos.

Antes de continuar con el estudio de las etapas del procedimiento federal, nos detendremos un poco para señalar un aspecto que sólo se presenta en el fuero federal, que consiste en el auxilio de los tribunales del fuero común a los del fuero federal que por obvias razones sólo será dable en casos urgentes y cuando no exista en el lugar un juzgado de distrito, tal situación se encuentra regulada por los artículos 143 a 145 del Código Federal de Procedimientos Penales. Resulta importante señalar que para la actuación del tribunal del fuero común primeramente debe existir la intervención del Ministerio Público y en este caso del federal, ya que el código adjetivo sólo prevé la actuación del fuero común pero no la del Ministerio Público de este ámbito competencial, al respecto apunta el licenciado Ignacio Durán Gómez, lo siguiente:

"Cabría preguntar como iniciará diligencias en auxilio de la Justicia Federal un tribunal del orden común, si no es a virtud de la consignación del Ministerio Público Federal, único legitimado para ejercitar la acción penal de acuerdo con el artículo 21 Constitucional. En la práctica en caso de notoria urgencia – cuando hay detenido – en aquellas agencias del Ministerio Público en donde no hay juzgado de distrito – ejemplo: Poza Rica, Veracruz – o cuando se necesita un cateo, se acude al juez del orden común en auxilio de la justicia federal ejercitando la acción penal en el primer caso, y solicitando la medida en el segundo, y es obligación del fiscal federal que consigna avisar de inmediato (via microondas) al agente adscrito al juzgado de distrito correspondiente, del ejercicio de la acción penal, a quien se le envía además un tanto de la averiguación que fue consignado (dos tantos se mandan al juez que actúa en auxilio de la Justicia Federal) por lo que este artículo tiene aplicación únicamente cuando se ejercita la acción penal por un agente del Ministerio Público Federal. Ha sido deplorable que en ocasiones jefes de oficina de Hacienda Federal o Agentes del

Ministerio Público del orden local han instruido diligencias y hecho la consignación de detenidos por delitos del orden federal con notoria incompetencia constitucional y de legitimación procesal, los tribunales federales han declarado invariablemente que ha habido un ilegal ejercicio de la acción penal, por no haberlo hecho el Ministerio Público Federal, afortunadamente ahora con la creación de nuevas agencias el Ministerio Público Federal, se ha dado plena vigencia a este procepto que se anota." (68)

Continuando con el estudio del proceso penal federal, llegamos ahora a la conocida declaración preparatoria, la cual se encuentra regulada a partir del artículo 153 del código adjetivo federal y en esencia resultan aplicables todos los comentarios que vertiremos al estudiar la declaración preparatoria en el fuero común y lo que podríamos agregar, es que con la reforma del artículo 156 del Código Federal de Procedimientos Penales, del 13 de Diciembre de 1984, se exige la presencia del agente del Ministerio Público Federal en la diligencia de la declaración preparatoria ya que antes únicamente se contemplaba la obligación de citarlo pero no era indispensable su comparecencia.

Una vez concluida la declaración preparatoria y dentro de las 72 horas siguientes a que el inculpado haya quedado a disposición del juzgador, éste prodecerá a dictar el auto de formal prisión, de sujeción a proceso o de libertad por falta de elementos para procesar; en relación con el término para dictar éste auto debemos mencionar que el artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales, al sufrir la reforma y adición de fecha 23 de diciembre de 1986, ahora contempla la posibilidad de la ampliación del término constitucional de 72 horas, hasta por el doble de éste, lo

(68) Duran Gómez Ignacio, Código Federal de Procedimientos Penales anotado, Cárdenas Editor y Distribuidor. pags.125 y 126.

cual nos parece plausible en virtud de que se da la posibilidad de que el abogado defensor consiga pruebas suficientes, que tal vez en el término normal no hubiese sido posible ofrecer y desahogar. En relación con el hecho de que esta ampliación del término no este contenida en la Constitución debemos recordar que ello no implica que la contravengan, pues como se anoto al realizar el estudio de las garantías individuales es posible a petición del reo extender los plazos en su favor.

Es importante anotar que la ampliación del término debe ser solicitada por escrito y sólo por conducto del inculpado o su defensor ya que el Ministerio Público Federal no está facultado para solicitarla ni tampoco puede ordenarla el juez de manera oficiosa.

El artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales señala los requisitos que deben acreditarse para poder dictar el auto de formal prisión y el 162 maneja los supuestos necesarios para poder dictar un auto de sujeción a proceso. En el auto de sujeción a proceso no se restringe ni la libertad personal ni los derechos del ciudadano. Por lo que respecta al auto de libertad por falta de elementos para procesar éste se regula por el artículo 167 del mismo ordenamiento legal.

Una vez que ha sido dictado el auto de formal prisión, al igual que en el procedimiento del fuero común, se va a dar la posibilidad de abrir un procedimiento sumario o uno ordinario con la diferencia de que en el proceso federal hay tres maneras de tramitar el proceso sumario según el caso.

Estos tres tipos de procesos los establece los artículos 152 y 152 bis del Código Federal de Procedimientos Penales. El artículo 152 primer párrafo nos habla de la apertura de el proceso sumario, cuando se trate de delitos cuya pena no exceda de seis meses de prisión o se trate de una pena que no sea corporal, en éste caso se contará con quince días para ofrecer y desahogar pruebas y complementando que sea ésto se citará para una audiencia en la cual se formularán conclusiones por el Ministerio Público y después por la defensa, para posteriormente pronunciar sentencia, todo esto con apoyo en el artículo 307 del mismo ordenamiento legal, la sentencia absoluta dictada en éste tipo de procesos no es apelable, tal y como se desprende de la lectura del artículo 367 fracción I.

Un supuesto más para la apertura del procedimiento sumario lo establece el segundo párrafo o del propio artículo 152 del Código Federal de Procedimientos Penales, en el cuál la instrucción, o sea el desahogo de pruebas se llevará a cabo en el término de 30 días, pasando después a la misma audiencia de aquél, la sentencia absolutoria si podrá ser apelada.

Los supuestos para la apertura de este tipo de proceso son los siguientes:

- I.- Que se trato de flagrante delito.
- II.- Que existio confesión rendida precisamente ante la autoridad judicial o ratificación ante ésta de la rendida legalmente con anterioridad.
- III.-Que no exceda de cinco años el término medio aritmético de la pena aplicable, o ésta sea alternativa o no privativa de la libertad.

El último de los casos en que se da el proceso sumario, es cuando tanto la parte acusadora como la defensa se conforman con el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, ya sea en el mismo acto o dentro de los tres días posteriores a su notificación y además manifiestan que no hay más pruebas que ofrecer, salvo las que se refieren a los datos personales para el efecto de individualización de la pena, con relación a los artículos 51 y 52 del Código Penal y en el entendimiento de que tampoco el Juzgador crea necesaria la práctica de alguna diligencia, entonces también se citará para llevar a cabo la audiencia a que se refiere el artículo 307 del Código Federal de Procedimientos Penales, misma que se debe realizar dentro de los diez días posteriores al cierre de la instrucción.

En el proceso ordinario, encontramos que la instrucción debe terminar en diez meses cuando se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de este término.

Transcurridos estos plazos dentro de los cuales se deberán haber practicado los careos, recibida la ficha de identificación y el informe de ingresos anteriores, el juez declarará mediante auto, agotada la instrucción y pondrá a la vista el proceso a ambas partes por el término de 10 días comunes, para el efecto de que ofrezcan pruebas para su causa, las cuales de deberan desahogar dentro de los 15 días siguientes a la notificación del auto admisorio de las mismas, pudiéndose ampliar esté término por diez días más cuando lo estime pertinente el juez, cabe señalar que antes de dictar el auto que declara agotada la instrucción, el juez con un mes de anticipación a este hecho, debe notificar mediante auto que falta un mes para que concluya el término señalado y así mismo hará una relación de las pruebas, diligencias y recursos que hubiere pendientes sean resueltos y dará vista a las partes para que manifiesten lo que a su derecho convenga.

Una vez que hayan transcurridos los términos probatorios señalados o bien que hayan sido renunciados por las partes, el juez declarará cerrada la instrucción con el que la declara cerrada la instrucción tal y como lo previene el artículo 150 del Código Federal de Procedimientos Penales. No debemos confundir el auto que declara agotada la instrucción con el que la declarará cerrada, ya que en el primer supuesto el siguiente paso es ofrecer pruebas y en el segundo el formular conclusiones como lo veremos.

Antes de pasar a explicar la etapa de conclusiones debemos apuntar los medios de prueba aunque se pueden utilizar en el proceso penal federal.

En principio, podemos decir que en este tipo de proceso también rige el sistema de prueba libre tal y como se desprende de la lectura del artículo 206 del Código de Procedimientos Penales, o sea que son admisibles todos los medios de prueba siempre y cuando no sean contrarios a derecho y tengan relación con los hechos controvertidos.

Ahora bien, las pruebas que se encuentran reguladas por el ordenamiento legal en cita son las siguientes:

- 1.—Confesión, artículo 207.
- 2.—Inspección, artículos 208 al 219.
- 3.—Pericial, artículo 220 al 239.
- 4.—Testimonial, artículo 240 al 257.
- 5.—Confrontación, artículos 258 al 264.
- 6.—Careos (Procesales), artículos 265 al 268,
- 7.—Documental, artículos 269 al 278.

Recordando también que para conocer el valor jurídico de éstas probanzas, debemos estar a las reglas que marca el propio código en los artículos 279 al 290.

### III.-CONCLUSIONES.

Pues bien, dictado ya el auto que declara cerrada la instrucción, el juez mandará poner a la vista del Ministerio Público la causa, para que éste dentro del término de diez días en caso de que el expediente no exceda de 200 fojas formule sus conclusiones, si exceden de este número por cada 100 se aumentará un día al plazo apuntado.

Transcurrido éste término y habiéndose presentado conclusiones acusatorias por el Ministerio Público se pondrá a la vista del acusado y del defensor, el expediente para que formule sus conclusiones en un plazo igual al señalado para el Ministerio Público, regulando esta etapa los artículos 291 y 296 del Código de Procedimientos Penales.

En relación con el tema de las conclusiones el licenciado Ignacio Durán Gómez, comenta lo siguiente:

"El pliego de conclusiones deberá de reunir requisitos de fondo y forma.

"Son condiciones de fondo:

- a) Que haya un titular de la acción que ejecute el acto.
- b) Que se ejecute dicho acto por el titular de la acción, por sí o por delegación.
- c) Preexistencia de hechos instructorios.
- d) Que esos hechos instructorios permitan el conocimiento de los actos que fijaran el delito y los relativos a la responsabilidad y participación de los sujetos activo y pasivo.

Son condiciones de forma:

Para que el acto exista – dice Piña Palacios – es necesario que se exprese el resultado del análisis y en vista de ese resultado que conclusiones se obtuvieron o a que resultado se llegó, por lo que la forma es la expresión del análisis de los actos instructorios y si no se expresa por la parte no puede tener verificativo el acto; serán además por escrito y ante el juez que debe decidir la controversia.

Se deberá además, verificar el examen de los hechos haciendo saber al juez en que consiste y para ello deberán llenarse dos requisitos:

- 1.–Exámen de los hechos y
- 2.–Proposición concreta sobre las cuestiones de derecho que surjan de esos hechos" (69)

En el proceso Federal, al igual que en el fuero común, se completa la posibilidad de que el ministerio público, omita formular conclusiones, o que las formule contrarias a las constancias procesales; o que no contengan ningún delito que resulte probado en la instrucción o bien que las haya formulado inacusatorias y cuando se presenta cualquiera de estos casos se deben enviar las actuaciones y conclusiones si las hubiere al Procurador General de República para que este actue en los términos de los artículos 291, segundo párrafo y 295, del código adjetivo penal federal. Así mismo, en el caso de que el defensor omita formular conclusiones dentro del término que se le ha señalado por la ley, se tendrán por presentadas de un modo ficto las de inculpabilidad.

(69) Ibid; Págs. 293 y 294.

Una vez que hayan sido formuladas las conclusiones de la defensa o que se tengan por presentadas la de inculpabilidad, el juez, el mismo día que esto suceda citará a las partes para que tenga verificativo la audiencia de vista que deberá efectuarse dentro de cinco días siguientes. En esta audiencia el juez, el Ministerio Público y el defensor podrán interrogar al acusado y solicitar la repetición de las diligencias o pruebas cuando sea necesario, acto seguido, las partes podrán vertir sus alegatos y concluidos estos se declarará visto el proceso con lo cuál se tendrá por concluida la diligencia pasando el expediente al juez para que éste dicte su sentencia definitiva.

#### **IV.—SENTENCIA**

La sentencia tendrá que se dictada dentro de los 15 días siguientes a la conclusión de la audiencia de vista y sólo en caso de que el expediente excediere de 500 hojas se agregará un día mas pro cada cincuenta de exceso.

El artículo 95 del Código Federal de Procedimientos Penales enumera los requisitos que debe contener una sentencia, mismos que se apuntan a continuación:

#### **"ART. 95. LAS SENTENCIAS CONTENDRAN:**

I. — El lugar en que se pronuncian.

II. — La designación del tribunal que las dicte.

III.— Los nombres y apellidos del acusado, su sobrenombre si lo tuviere, el lugar de su nacimiento, su edad, su estado civil, su residencia o domicilio, y su ocupación, oficio, o profesión.

- IV.- Un extracto breve de los hechos conducentes a la resolución.
- V.- Las consideraciones y los fundamentos legales de la sentencia y:
- VI.- La condenación o absolución que proceda, y los demás puntos resolutivos correspondientes".

Ahora bien una vez que ha sido dictada una sentencia y notificada a las partes personalmente, éstas contarán con un término de cinco días para interponer el recurso correspondiente, que en este caso sería el de apelación, una vez interpuesto se tendrán que remitir los autos al tribunal unitario que corresponda para que confirme, revoque o modifique la sentencia recurrida; y a propósito de recursos aprovechamos la ocasión para enumerar los que son regulados por el Código Federal de Procedimientos Penales:

- 1.-Revocación (artículos 361 y362)
- 2.-Apelación (artículos 363 al 391)
- 3.-Denegada apelación (artículos 392 al 398)
- 4.-Queja (artículo 398 Bis)

Existe una figura jurídica más que no podemos considerar como recurso y se trata de la aclaración de sentencia que se regula en los artículos 351 al 359 del mismo ordenamiento legal citado, a esta figura se le considera más bien como un medio modificador de fallos pra salvar obscuridades, ambigüedades o equivocaciones, pero no se le considera como un medio de impugnación propiamente.

Habiéndose confirmado la sentencia condenatoria por el tribunal unitario y en su caso el amparo que contra la resolución de éste se haya promovido, o bien no habiéndose interpuesto el recurso de apelación por las partes se declarará como ejecutoriada la sentencia definitiva, es decir, se volverá una resolución irrevocable y en consecuencia se procederá a complementarla debidamente conforme a la ley, pasando así a la denominada fase de ejecución de sentencia.

#### **V.-EJECUCION DE SENTENCIA.**

Primeramente, debe de apuntarse que la ejecución de sentencia ya no corresponde al poder judicial sino que sale de la esfera de competencia de éste para penetrar a la del Poder Ejecutivo, el cual tiene a su cargo esta tarea y la delega al a Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y de Readaptación Social que depende de la Secretaría de Gobernación.

Primeramente y antes de entrar de lleno a la ejecución o cumplimiento de fallo deberá de amonestarse al reo para que no reincida en su conducta delictiva tal y como lo establece el artículo 528 del Código Federal de Procedimientos Penales.

En el procedimiento de ejecución, el Ministerio Público va actuar como vigilante para que sea debidamente cumplido el fallo y que no se cometan abusos por parte de la autoridad ejecutora. El procedimiento de ejecución de sentencia se iniciará con el envío, dentro de los tres días de dictada una sentencia irrevocable, de dos testimonios de ésta, ala Procuraduría General de la Republica, para que dicha autoridad a su vez remita uno de los testimonios a la autoridad encargada de la ejecución; en el caso de que haya sanción pecuniaria tambien se notificará a la autoridad fiscal que corresponda para que sea efectuado su cobro.

Al igual que apuntamos en el procedimiento penal para el fuero común, en el federal se presentan para el sentenciado varias posibilidades en la ejecución de sentencia a las cuales a continuación enumeramos:

- 1.- **Condena condicional.**— Consiste en suspender la pena de prisión por el término de tres años con la condición de que el reo no vuelva a delinquir, si pasado el término el reo no comete ningún ilícito penal, se extinguirá la pena, en caso contrario se ejecutará la misma. Para poder obtener este beneficio hay que acreditar los extremos del artículo 90 del Código Penal (artículo 536 al 539).
- 2.- **Libertad preparatoria.**— Se dará en los mismos términos que apuntamos para el proceso del fuero común (artículo 540 al 542).
- 3.- **Retención.**— Cabe hacer la observación que tal circunstancia ha quedado fuera de práctica, en virtud de que se han derogado los artículo 88 y 89 del Código Penal que regulaban a esta situación (artículos 549 al 552).
- 4.- **Conmutación y sustitución de sanciones.**— Tal circunstancia sólo se dará cuando concurren los requisitos que para el efecto establece el Código Penal en sus artículos 70 al 76 (artículos 553 y 554).
- 5.- **Indulto y reconocimiento de inocencia del sentenciado.**— Estas dos posibilidades se diferencian en un primer término por que la primera es concebida por el Ejecutivo y la segunda por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, además de que en la primera hipótesis sólo se atiende a la calidad personal del sentenciado y en la segunda se atiende mas bien a cuestiones de fondo de la sentencia irrevocable (artículos 558 al 568).

6.— Rehabilitación.— Se da cuando el reo ya ha cumplido su pena y entonces se le reincorporará en el goce de sus derechos civiles y políticos, previo trámite ante el tribunal que pronunció la sentencia irrevocable (artículos 569 al 576).

Nos permitimos transcribir los siguientes criterios jurisprudenciales por tener relación con los temas expuestos:

**"AUTO DE FORMAL PRISION. ELEMENTOS.**— En el auto de formal procesamiento únicamente se debe de fijar el tema del proceso al encuadrar, el órgano jurisdiccional, los hechos delictivos en algunas de las figuras del catalogo de equipos que señala el Código y estimar si existen bases para reprochar la comisión del delito al imputado.

De ningún modo esta obligado el órgano jurisdiccional, en el auto de formal prisión, a precisar el grado de responsabilidad del imputado, ya que esto es lo que constituye el objeto del proceso penal, en el que se debe establecer en concreto si existió el hecho delictivo y determinar la responsabilidad del acusado conforme a las conclusiones del Ministerio Público, en que se fije y perfeccione el ejercicio de la acción penal; y, por lo tanto, en nada se agravia al reo por la determinación del resolutor de primera instancia al decretar la formal prisión simplemente por el delito de homicidio."(70)

(70) Amparo directo 8310/67.— José Ruíz Martínez. 7 de agosto de 1968.— 5 votos.— Ponente Ernesto Aguilar Álvarez.

I

Informe 1968. Primera Sala. Pág. 25.

**"PRUEBAS, VALORACION DE LAS.**— Es obligación de los tribunales de instancia analizar razonadamente todas y cada una de las pruebas que puedan influir en la condena del acusado, por lo que resulta violatoria de garantías, la sentencia que en perjuicio del reo deja de considerar una o varias de las que podían favorecerle."(71)

**(71) Quinta Epoca:**

Tomo CXXIII, Pág. 1225.— A. D. 9823/50

Tomo CXXIII, Pág. 2132.— A. D. 4767/52

**Sexta Epoca, Segunda Parte:**

Volumen XLIII, Pág. 50. A. D. 5411/60.— Felipe Galván Yañez.— Unanimidad de 4 votos.

Volumen XLV, Pág. 65. A. D. 326/61.— Francisco Peña Cabrera.— Unanimidad de 4 votos.

Volumen LXXI, Pág. 14. A. D. 7393/62. — Carlos Martínez López .— Unanimidad de 4 votos.

**"CONDENA CONDICIONAL, PRUEBA DE LA BUENA CONDUCTA PARA EFECTOS DE LA.**— Si bien en el volumen XIII del Semanario Judicial de la Federación correspondiente a la Sexta Epoca, Pág. 34 y 35, se expresa que la buena conducta no se presume sino que debe acreditarse plenamente, mencionándose además diversas ejecutorias pronunciadas por esta Primera Sala, en dicho volumen no se precisa que se trate jurisprudencia, firme, sino de tesis que sientan precedente. Por otra parte, esta Sala ha sentado nuevo criterio respecto a la condena condicional, en el sentido de que para considerar al acusado como de buena conducta anterior al delito, es requisito que la demuestre precisamente con prueba testimonial, la cual sólo comprende las frases de la vida del mismo, que los testigos puedan percibir directamente o por referencias idóneas; pero siempre es limitada y restringida; por tanto, la buena conducta debe desprenderla al juzgador de todas las constancias de autos, y si de ellos no resulta algún dato o indicio de que se infiera conducta calificada de ilícita por la ley, o simplemente digna de reprobación social, no hay razón para considerar que el acusado observó mal la conducta; y aunque el otorgamiento de la condena condicional es una facultad discrecional del Juez, sin embargo, cuando la negativa del beneficio obedece a la falta de un requisito legal como lo es la buena conducta comprobada por el agente, debe concederse el amparo, porque la prueba de esa circunstancia no queda a su cargo."(72)

(72) Amparo directo 7812/65.— Ricardo Rodríguez Gonzalez.— 13 de octubre de 1966.— 5 votos .— Ponente: Mario G. Rebolledo F.

\_\_\_\_\_ Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación. Segunda Parte. Primera Sala. Pág. 483.

**"JUECES DEL ORDEN COMUN SUS ACTUACIONES EN AUXILIO DE UN JUEZ DE DISTRITO NO EXTRAÑA PRORROGA DE JURISDICCION".**— Al tenor de los artículos 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. 143, 144 y 145 del Código Federal de Procedimientos Penales, los jueces del fuero común están legitimados para actuar en auxilio del Poder Judicial Federal, con la única obligación de dar aviso inmediato al Juez de Distrito correspondiente, quien discrecionalmente puede girarle las instrucciones que juzgue necesarias para la práctica de diligencias dentro del término constitucional. La falta de aviso referido deviene intrascendente en tanto cuando no determina la ineficiencia de lo actuado de los jueces auxiliares pues no es exacto que por virtud de la omisión actúan en ejercicio de su propia jurisdicción implicándose una prórroga de la misma, teniendo en cuenta que sus actuaciones de auxilio en sí no dimanán de la autorización del Juez Federal, sino de los textos invocados."(73)

(73) Amparo en revisión 30/75 .— Raúl Montoya Rojo.— 12 de Mayo de 1975.— Unanimidad de votos .— Ponente Roberto del Carmen Gómez.  
 \_\_\_\_\_ Semanario Judicial de la Federación. Sexta Epoca. Volumen CXII. Segunda Parte. Primera Sala. Pág. 16.

Sostiene la misma tesis:

Amparo en remisión 33/75.— Jesús Montoya Rojo.— 12 de mayo de 1975.— Unanimidad de votos.— Ponente: Roberto del Carmen Gómez.

Informe, 1975. Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. Pág. 263.

### **C) EL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANCECIMIENTO DE DATOS EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES EN EL DISTRITO FEDERAL.**

En este apartado apuntaremos algunas cuestiones referentes a esta clase de incidente, en virtud de que lo volveremos a abordar cuando entremos al análisis del cuarto capítulo del presente trabajo.

Así pues, en primer término debemos precisar lo que se entiende por incidente. Gramaticalmente el diccionario de la Lengua Española nos dice que esta palabra viene del latín "incidents, entis; que sobreviene en el curso de un asunto o negocio y tiene con el algún enlace."(74)

Así mismo, este diccionario nos aporta una definición de tipo jurídico y al efecto dice: "cuestión distinta del principal asunto del juicio, pero con el relacionada, que se ventila y decide por separado, a veces sin suspender el curso de aquél; y otras, suspendiéndolo; caso éste en que se denomina como de previo y especial pronunciamiento."(75)

Los maestros Sergio García Ramírez y Victoria Adato de Ibarra, nos proporcionan otra definición de incidente:

(74) Ibid. Pág. 742

(75) Ibid. Pág. 742

"Al lado y con motivo de la cuestión litigiosa principal sometida a juicio, surgen los incidentes, cuestiones menores que se tramitan y resuelven en forma separada y lateral al tema principal. Tales incidentes pueden ser nominados y contar con una sustanciación particular o ser inominados y poseer una tramitación común."(76)

En el caso que nos ocupa se trata de un incidente que se puede dar dentro de un proceso penal y conste que decimos proceso, entendiendo por éste la fase que denominados así en el apartado correspondiente.

El incidente de libertad por desvanecimientos de datos en el fuero común, se puede dar por hipótesis, previstas en el artículo 547 del Código Penal Adjetivo, las cuales son:

I.- Cuando en el curso del proceso aparezca por prueba plena indubitable, desvanecidas las que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito; y

II.- Cuando, sin que aparezcan datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido, por prueba plena e indubitable los señalados en auto de formal prisión para tener al detenido como presunto responsable."

Debemos precisar, que la promoción de este incidente la puede iniciar tanto el defensor, el reo o el mismo Ministerio Público ya que el artículo 3, fracción VII, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, faculta la representación social de referencia para pedir la libertad del reo cuando ésta proceda.

(76) García Ramírez Sergio y Adato de Ibarra Victoria, prontuario del Proceso Penal Mexicano, Editorial Porrúa. Pág 565.

Una vez iniciado el incidente por cualquiera de las partes, el Juez sin más trámite, citará a una audiencia que se deberá llevar a cabo dentro del término de cinco días, en ésta audiencia, el Juez oír a las partes y se dictará la resolución que proceda en el término de 72 horas.

La interlocutoria que decida este tipo de incidentes puede ser recurrida a través de una apelación, la cuál procede en el efecto suspensivo y devolutivo.

#### **D) EL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS EN EL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.**

Al igual que en el fuero común, encontramos el incidente de libertad por desvanecimiento de datos en el proceso federal, y esencialmente son similares, en virtud de que tienen los mismos supuestos de procedencia, es decir, que se pueden dar por desvanecimiento de las pruebas o datos que acrediten cualquiera de los dos elementos torales del auto de formal prisión, o sea el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad.

Podemos apuntar que la redacción utilizada en el Código Federal Adjetivo es más clara y simplificada que se empleó en el Código del Fuero Común.

Al respecto de este incidente el licenciado Ignacio Durán Gómez, aporta la siguiente definición:

"Es una institución del procedimiento penal que tiene su fundamento de operancia en la aparición y aportación al proceso por cualquiera de las partes (Ministerio Público, procesado o su defensor, de otros medios de prueba que vienen a destruir a aquellos que fundamentaron la formal prisión en los aspectos concernientes al corpus criminis o la responsabilidad del inculpaado."(77)(Sic)

La sustanciación de este incidente en Fuero Federal es idéntica a la del Fuero Común por que en obvio de repetición se omite, y sólo diremos que esta tramitación se encuentra regulada por artículos 422 al 425 del Código de Procedimientos Penales del fuero federal.

Ahora bien, a diferencia del Código Penal Adjetivo del Fuero Común, en Materia Federal el recurso de apelación que se interponga en contra de la interlocutoria que niegue o conceda la libertad por desvanecimiento de datos, sólo será admitido en el efecto devolutivo, tal y como lo establece el artículo 367 fracción V del Código Federal de Procedimientos Penales, aunque debemos recordar que hay una disposición expresa con la cual podría darse la suspensión del procedimiento, cuando menos hasta que se dicte sentencia o mejor dicho evitar que sea dictada la sentencia hasta que sea resuelto el recurso de apelación, y el fundamento de esto lo encontramos en el artículo 364 que a la letra dice en su último párrafo:

"Artículo 364.— Las apelaciones interpuestas contra resoluciones anteriores a la sentencia de primera instancia, deben ser resueltas por el tribunal de apelación antes de que se emita dicha sentencia."

En relación con el tema del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, transcribimos las siguientes jurisprudencias:

"Por desvanecimiento de datos no debe entenderse que se recaben pruebas que favorezcan más o menos al inculpado, sino que aquellas que sirven para decretar la detención o prisión preventiva, están anuladas por otras posteriores, y si éstas no destruyen de modo directo las que sirvieron de base para decretar la formal prisión, cuando favorezcan al inculpado, deben ser materia de estudio en sentencia definitiva y no puede servir para considerar desvanecidos los fundamentos de hecho de la prisión motivada."(78)

"La circunstancia de que se decrete la libertad por desvanecimiento de datos en favor de un acusado, no es obstáculo para que si con posterioridad aparecen nuevos datos, se ordene la nueva aprehensión del propio acusado."(79)

(78) Quinta Epoca: Tomo XXIX, Pág. 1654. Pedrero Demífilo. Tomo XLIX, Pág. 630. Sahurí, Miguel. Tomo LIII, pág. 1068. González López, Antonio. Tomo LV, Pág.2129. Navarro Rangel Carlos. Tomo LVIII, pág. 191. Villaseñor Torres, Carlos.

(79) Quinta Epoca: Tomo XIII, Pág. 371. Bello, Arnulfo. Tomo XVI, 636 Carrillo, Santos y Cogs. Tomo XXVIII, Pág. 1158. Méndez, Zacarías. Tomo XXVIII, Pág. 1267, Velázquez, Diego Tomo XLIII, Pág. 2794 . Medina, Reynaldo y Coag.

### CAPITULO III

## EL AMPARO CONTRA LEYES

#### A) PROCEDENCIA.

En el presente capítulo estudiaremos el juicio de amparo pero como lo dice el título del mismo, únicamente vamos a enfocarnos a la especie de un juicio que los amparistas llaman "amparo contra leyes".

Como es bien sabido en nuestro país a los largo de su historia se han dado diversas formas de control constitucional, es decir, diversas maneras de salvaguardar la Ley Suprema, de procurar su observancia atendiendo al principio de supremacía constitucional de acuerdo al cuál no puede existir ningún ordenamiento legal por encima de la Constitución, siguiendo el mismo parámetro para las autoridades.

Actualmente, este control constitucional se encuentra encargado al Poder Judicial Federal, el cuál sólo puede instarse a ejercer dicho control a través del juicio de amparo.

Respecto de la procedencia del amparo contra leyes ha habido en la doctrina diversas posturas, primeramente podríamos decir que los tratadistas Lozano y Vallarta negaron la procedencia de este tipo de juicio ya que decían que no se podía atacar una ley lisa y llanamente como un acto proveniente de poder legislativo, en virtud de que para su procedencia era necesario que se actualizará por medio de un acto concreto de aplicación por parte de alguna autoridad un agravio para el quejoso, y por lo tanto se podría impugnar el acto de autoridad y no de ley en sí misma.

Por otra parte, el jurista Emilio Rabassa, en opinión totalmente opuesta a la contenida en la tesis Lozano-Vallarta, estableció que el amparo contra leyes es perfectamente precedente, pero sin embargo este tratadista peca de benévolo, ya que señala que este tipo de juicios pueden ser precedentes contra cualquier tipo de ley, sin considerar los efectos jurídicos que la ley tenga en contra de las personas a las que va dirigida, lo cuál se traduciría en que el Poder Judicial fuera un revisor de los actos emanados del Poder Legislativo en general, dotándosele así de facultades derogatorias y abrogatorias ilimitadas y rompiéndose con la igualdad de poderes, razón por la cuál tampoco nos parece de todo acertada la tesis expuesta.

En este orden de ideas, podemos decir que si bien es cierto que el amparo es un medio de control constitucional, este no puede ser manejado ad libitum para cualquier ley, sin que antes se de un punto que viene a erigirse como un principio rector de este tipo de juicios, el agravio personal. Y para que nos quede más claro este concepto, apuntamos la definición que de el nos da el licenciado José R. Padilla.

**"Noción de Agravio:**

**Agravio es el perjuicio que sufre el gobierno en su esfera de derechos por el acto de autoridad o acto reclamado.**

**Agravio Personal:**

**La naturaleza del agravio de ser personal; el perjuicio que cause el acto reclamado debe ser directo al quejoso para que proceda la acción de amparo."**(80)

Así pues, podemos decir que el amparo contra leyes procede en contra de éstas cuando las mismas causen un agravio al quejoso, es decir hay que acreditar lo que técnicamente se denomina interés jurídico, debe entender que dentro del concepto de Amparo Contra Leyes también es posible impugnar tratados internacionales, reglamentos, y cualquier norma de carácter general.

Respecto a la procedencia de este tipo de Amparos el Doctor Ignacio Burgoa Orihuela nos dice:

"De lo anterior se infiere que el amparo contra leyes, esto es, contra actos de autoridad (lato sensu) creadores, modificativos o extintivos de situaciones jurídicas abstractas, generales e impersonales, en cuanto tales, procede cuando se trata de leyes autoaplicativas en los términos que hemos apuntado y que, por exclusión, es improcedente cuando lo que se trata de impugnar consiste en disposiciones legales que requieran un acto concreto de aplicación posterior para poder producir un agravio, pues en estos casos el amparo se dirige contra dicho acto combatiéndolos simultáneamente a través de él."(81)

Ahora bien, de la transcripción apuntada salta a la vista un concepto que debemos abordar, el de las leyes autoaplicativas y por consecuencia el de las heteroaplicativas, ya que va a ser en estos conceptos en los que vamos a poder soportar las ideas de competencia, oportunidad para promover la demanda, ya efectos de la sentencia en este tipo de juicios.

(81) Burgoa O. Ignacio, El Juicio del Amparo, Editorial Porrúa, P.224.

A las leyes autoaplicativas las ha definido la jurisprudencia de la siguiente forma:

### **"LEY AUTOAPLICATIVA.**

Para considerar una ley como autoaplicativa deben reunirse las siguientes condiciones:

- a).– Que desde que las disposiciones de la ley entre en vigor, obliguen al particular, cuya situación jurídica prevé a hacer o dejar de hacer, y
- b).– Que no sea necesario un acto posterior de autoridad para que se genere dicha obligatoriedad."(82)

Así pues, las leyes auto aplicativas, es decir, aquellas que causen el perjuicio desde su entrada en vigencia han sido un punto por demás controvertido, pues, como ya hemos apuntado, tratadistas como Lozano y Vallarta negaban la procedencia del amparo contra este tipo de leyes, a diferencia de Rabasa que generalizaaba al decir que cualquier ley podría servir par formar parte del capítulo de actos reclamados.

(82) Séptima Epoca, Primera Parte:

Volumen 76, Pág. 49. A.R. 3125150. Negociación Pulquera, S. de R.L. de C.V.

Unanimidad de 18 votos.

Vol. 103 – 108 Pág. 167 A.R. 3156/53. Miguel González Rivas. Unanimidad de 19 votos.

Vols. 127–132, Pág. 190 A.R. 3279/76. Guadalupe Castelazo Herrera. Unanimidad

Respecto de las leyes autoaplicativas creemos importante incluir la opinión del creador de dicha terminología, el Doctor Ignacio Burgoa, el cuál apunta lo siguiente:

"Estas disposiciones legales, que no requieren para la causación de sus efectos ningún acto aplicativo, concreto y posterior, se denominan autoaplicativas, por tener en sí mismas su aplicación práctica, por engendrar, por el sólo hecho de su expedición constitucional, la consiguiente afectación en las esferas, hipótesis y casos en ellas comprendidos."(83)

En relación con las leyes autoaplicativas el doctor Ignacio Burgoa dice:

"En efecto, se dice que las consecuencias de una ley se producen mediatamente cuando por su sola expedición no se engendra afectación alguna en las situaciones prácticas en que opere, sino que se requiere la comisión de un acto aplicativo posterior que imponga o haga observar los mandatos legales. En esta hipótesis la observancia, el acatamiento de una ley, se hacen efectivos mediante un hecho posterior, por lo que su sola promulgación, su mera existencia como tal, es inocua para producir efecto alguno en la situación que a afectar, puesto que es indispensable la realización de un acto de autoridad posterior, concreto, que aplique la norma jurídica."(84)

En este orden de ideas, las leyes heteroaplicativas se distinguen de las autoaplicativas precisamente en el momento en que unas y otras van a causar el agravio en la esfera jurídica del gobernado y de acuerdo a la definición apuntada las leyes heteroaplicativas son las que van a causar un perjuicio hasta que una autoridad realice un acto concreto de aplicación y ese acto dañe la esfera jurídica del gobernado.

(83) Ibid; P. 223

(84) Ibid; P. 211-112

En relación con el concepto de leyes heteroaplicativas podemos apuntar las ideas que maneja el Licenciado Mariano Azuela al establecer que este tipo de leyes tiene una individualización condicionada, es decir que el particular no queda comprendido dentro de la esfera de sus disposiciones sino hasta que se de un acto ulterior de una autoridad, un hecho independiente de la autoridad y del propio particular o por la autoridad, lo que va a colocar al primero dentro del campo de aplicación de la ley.

Así podemos ejemplificar a los dos tipos de leyes mencionados de la siguiente forma:

- a).– Ley del impuesto Sobre la Renta.– Es una ley autoaplicativa en virtud de que su sólo inicio de vigencia causa agravio a la esfera jurídica de los contribuyentes que causen el impuesto, sin necesidad de ningún acto de aplicación por autoridad alguna.
  
- b).– El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en casi todas sus preceptos, es una ley heteroaplicativa, toda vez que su solo inicio de vigencia no cause ningún perjuicio, ya que se requiere la aplicación de su articulado por autoridad competente, para poder atacar su inconstitucionalidad en el caso de que exista.

Ahora bien, la fundamentación legal de la procedencia del amparo contra leyes la encontramos en los artículos: 103, 107 fracción VII de la Constitución y 1º, 21, 22 fracción XII párrafo II, 114 fracción I, 158 tercer párrafo y 166 fracción IV segundo párrafo.

## **B).- COMPETENCIA**

Una vez expuestas las ideas sobre la procedencia del amparo contra leyes ahora nos corresponde hablar sobre la competencia de los tribunales o juzgados federales para poder conocer de este tipo de demandas de garantías.

Y la primer pregunta que surgiría en relación con este tema sería: ¿Debe conocer un Juzgado de Distrito o un Tribunal Colegiado?, es decir será amparo indirecto o directo.

En una reflexión rápida podríamos decir que de acuerdo a la ley de amparo si una ley le causa agravio la esfera jurídica de un quejoso este tendrá que promover su demanda de amparo ante un Juzgado de Distrito y tendrá que sustanciarse como un amparo indirecto de acuerdo a lo que establece el artículo 114, fracción I, de la ley de la materia pero, ¿Que no se puede atacar la inconstitucionalidad de un ordenamiento legal a través del amparo directo? pues bien, ante esta interrogante y ya dentro de un análisis más serio debemos concluir que sería necesario primeramente analizar el caso concreto, para así poder tomar una determinación del sendero jurídico por el que vamos a encaminar nuestro juicio. En este orden de ideas vamos a estudiar por partes la procedencia del amparo, tratándose de las leyes autoaplicativas y heteroaplicativas y cuando se reclama un acto de autoridad que engendra la aplicación de un ordenamiento legal secundario que se tilde de inconstitucional.

1.- Tratándose de leyes autoaplicativas, es decir de aquellas que causen un agravio por su sola entrada en vigor, es indiscutible que se tendrá que solicitar el amparo y protección de la justicia federal a través de un amparo indirecto que se promoverá ante un juez de distrito tal y como se desprende del artículo 114, fracción I, de la Ley de Amparo que a la letra dice:

"Artículo 114.— El amparo se pedirá ante juez de Distrito:

I.— (Reformada por Decreto de 30 de Diciembre de 1950, publicado en el "Diario Oficial de la Federación" de 19 de Febrero de 1951; después por el artículo primero del Decreto de 23 de diciembre de 1987, publicado en el "Diario Oficial" de 5 de enero de 1988, en vigor el día 15 del mismo mes y año, para quedar como sigue):

II.— Contra leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I, del artículo 89, constitucional, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I, del artículo 89, constitucional, reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados, u otros reglamentos decretos o acuerdos de observancia general, que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de aplicación causen perjuicio al quejoso".

En este, la oportunidad para promover la demanda de amparo saldrá del término genérico que se contempla en el artículo 21 de la multicitada ley, para colocarse en el caso de excepción previsto por el artículo 22 mismo que textualmente señala:

"Artículo 22.— Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior:

I.— (Reformada por Decreto de 3 de enero de 1963, publicado en el "Diario Oficial" de 4 de febrero del mismo año, y después, por el artículo único del Decreto de 30 de diciembre de 1983, publicado en "Diario Oficial de la Federación" de 16 de enero de 1984, en vigor a los 60 días siguientes para quedar como sigue):

II— Los casos en que a partir de la vigencia de una ley, ésta sea reclamable en la vía de amparo, pues entonces el término por la interposición de la demanda será de treinta días".

Pero no hay que olvidar que puede suceder que el particular no ataque a la ley autoaplicativa desde su entrada en vigor, sino a partir de su primer acto de aplicación y en ese caso el término para impugnar será de quince días, es decir el término generico contenido en el artículo 21 de la ley de amparo.

2.— Cuando se trate de atacar una ley por inconstitucionalidad y esta sea heteroaplicativa también se promoverá el juicio de garantías ante un juez de Distrito en la vía de amparo indirecto, pero en este supuesto el término para solicitar el amparo será el común es decir, se tendrán quince días contados a partir de que se haya dado el primer acto de aplicación, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 21 de la ley de amparo que a la letra dice:

**"ARTICULO 21.—** (Reformado por el artículo único del Decreto de 30 de diciembre de 1983, publicado en el "Diario Oficial de la Federación" de 16 de enero de 1984, en vigor a los 60 días siguientes, para quedar como sigue:)

Artículo 21.— El término de la interposición de la demanda de amparo será de quince días, dicho término se contará desde el día siguiente al en que ha surtido efectos, conforme a la ley del acto, la notificación al quejoso de la resolución o acuerdo que reclame; al en que haya tenido conocimiento de ellos o de su ejecución, o al en que se hubiese ostentado sabedor de los mismos."

3.— Ahora bien, cuando se señale como acto reclamado la aplicación de una ley que el quejoso cree inconstitucional y su aplicación se dé dentro de un juicio que culmine con sentencia definitiva, el particular tendrá que señalar dentro de su capítulo de actos reclamados la propia sentencia como acto concreto y dentro de los mismo conceptos de violación se pondrá a la ley, reglamento, tratado u ordenamiento legal aplicado que se trate de tildar como inconstitucional, tal y como se establece en el artículo 166 fracción IV de la Ley de Amparo, pero en este caso la demanda de amparo no se promoverá ante un Juez de Distrito, sino que considerando los Tribunales Colegiados de Circuito teniendo el término de quince días, contados a partir de que sea notificada la sentencia definitiva. Ahora bien, no debemos olvidar que cuando, contra el primer acto de aplicación de la ley proceda algún recurso, será optativo para el quejoso, agotarlo o impugnar desde luego la ley en la vía de amparo, en base en lo dispuesto por el artículo 73, fracción XII párrafo 2º, siendo esta una excepción al principio de definitividad que regula al juicio de Amparo.

En apoyo de lo anterior, transcribimos una reflexión hecha por el maestro Ignacio Burgoa que dice:

"Por tanto, frente a un acto de autoridad **stricto sensu** que sea aplicativo de algún ordenamiento legal o reglamentario que no hay sido declarado inconstitucional por la Jurisprudencia de la Corte, el agraviado debe reclamar ambos en la misma demanda de garantías, formulando conceptos de violación en tonro a la incostitucionalidad de dicho ordenamiento y la ilegalidad del mencionado acto, atacando éste por vicios propios. En este caso, merced a la impugnación, de agotar, previamente al ejercicio de la acción de amparo, ningún recurso ordinario o medio legal de

defensa

que contra dicho acto proceda, ya que no es éste el único reclamado, sino que la demanda de garantías se dirige también contra la norma jurídica secundaria en que se base. En tales condiciones, el juzgador de amparo no debe sobreseer el juicio respecto del acto stricto sensu reclamado considerando que contra el procedía un recurso o medio legal de defensa que no se interpuso por el quejoso en caso de que se niegue la protección federal contra la ley combatida o se detecte el sobreseimiento en relación con ella. En otras palabras, si el amparo contra la ley fundatoria no se concede, es obligación del juzgador constitucional analizar los conceptos de violación que por vicios propios de ilegalidad del acto de aplicación, se hubiesen formulado, para otorgar o negar, en lo que a este concierne la protección federal. Admitir que, por haberse negado al amparo o sobreseído el juicio respectivo en cuanto a la ley impugnada, se deba decretar el sobreseimiento respecto del acto concreto de aplicación por no haberse agotado los recursos ordinarios o medios de defensa legal para combatirlo, significaría no solo el quebrantamiento del principio de indivisibilidad de la demanda de garantías, sino la colocación del quejoso en un irremediable estado de indefensión, pues dichos recursos o medios de defensa habrían precluido por el transcurso irreversible del término durante el cuál pudieron haberse ejercitado."(84)

Pero definitivamente, cuando se trate de una sentencia, que se de dentro de un procedimiento judicial será necesario agotar el recurso que se señale en la ley, ya que como lo establece el artículo 152, párrafo último de la Ley de Amparo: "Cuando surjan cuestiones dentro de juicio que no sean de imposible reparación sobre constitucionalidad de ley, tratados internacionales por reglamentos, sólo podrán hacerse valer en el amparo directo que proceda en contra de la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio". Por lo tanto debemos entender que solo se pone fin a un juicio al dictar sentencia inevocable por la vía ordinaria, es decir, cuando ya se agotaron los recursos ordinarios procedentes.

### **C) OPORTUNIDAD PARA PROMOVER EL JUICIO.**

En el desarrollo del presente apartado, haremos referencia al capítulo tres de la Ley de Amparo que habla de los términos y esta vez sólo nos limitaremos a apuntarlos en virtud de que ya ha sido abordada esta cuestión en el tema anterior, y por lo tanto podemos afirmar que en el juicio de amparo se manejan diversos términos y oportunidades para promover una demanda de garantías así pues, el artículo 21 de la ley de la materia establece lo que podríamos llamar como el término genérico al señalar:

"Artículo 21...-El término de la interposición de la demanda de amparo será de quince días, dicho término se contará desde el día siguiente al en que haya surtido efectos, conforme a la ley del acto, la notificación al quejoso de la resolución o acuerdo que reclame; al en que haya tenido conocimiento de ellos o de su ejecución, o al en que se hubiese ostentando sabedor de los mismos."

En el artículo 22 encontramos varios casos o supuestos de excepción, así pues el mencionado artículo contiene tres fracciones en las cuales establece los casos en que el quejoso no podrá estar sujeto al término genérico que establece el citado artículo 21.

En la primera fracción se habla de amparo contra leyes autoaplicativas y se concede un término de 30 días para promover la demanda; en la segunda hipótesis se establece la posibilidad de promover en cualquier tiempo el amparo cuando se trate de materia penal, destierro e incorporación a las armas de un modo forzoso, es decir, se establece un término abierto; la tercera fracción maneja el supuesto de los terceros extraños a juicio para los cuales se maneja un término de 90 días si residen fuera del lugar de juicio pero dentro de la República Mexicana y de 180 días si residiera fuera de ella. Ahora bien, existen otros dos casos de excepción al término genérico y estos se presentan cuando se trata de un amparo en materia agraria.

El artículo 217 de la Ley de Amparo permite promover en cualquier tiempo, al igual que la segunda fracción del artículo 22 con la única condición de que el amparo sea promovido por el núcleo de población ejidal o comunal, así mismo el artículo 218 concede un término de treinta días para promover la demanda de amparo cuando se afecten los intereses individuales de los ejidatarios o comuneros.

Una vez apuntados los términos que se manejan para la presentación de la demanda de amparo y para el caso concreto del amparo contra leyes, podemos decir que este tipo de demanda de garantías tiene tres momentos u oportunidades para promoverla:

1.- Trantándose de leyes autoaplicativas se cuenta con treinta días a partir de la entrada en vigencia de la ley que se pretende impugnar con fundamento en lo dispuesto por el artículo 22 fracción I de la Ley de Amparo.

2.- También tratándose de leyes autoaplicativas pero cuando no se combate dentro del término mencionado en el numeral anterior sino, que se espera el quejoso a que se de el primer acto de aplicación, en este caso se contará con el término de 15 días posteriores a este hecho, de acuerdo a lo que establece el artículo 73 fracción XII párrafo 2º en relación con el 21, ambos de la ley de amparo.

3.- Trantándose de leyes heteroaplicativas el quejoso contará con el término general de 15 días contados a partir del primer acto de aplicación, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley de la Materia.

Y cuando dentro de un juicio se de la aplicación de una ley que se considere inconstitucional se tendrá que impugnar conjuntamente con la sentencia definitiva, es decir, se contará con el término general de 15 días a partir de que ésta haya sido notificada al quejoso, sirviendo de fundamento los dispuesto por el artículo 158, último párrafo, y 21 de la Ley de Amparo.

Podemos concluir el presente apartado, apuntando algunas cuestiones que en vía de consecuencia se darán por el hecho de no tener presentes los términos en que es factible promover una demanda de amparo contra leyes, y a todas luces podemos advertir que las consecuencias son muy graves y definitivas para los intereses del quejoso en virtud de que el artículo 73 fracción XII primer párrafo, plantea un caso de improcedencia para el supuesto de que no se presente en tiempo una demanda de garantías así pues dicho artículo señala:

Artículo 73.— Contra actos consentidos tácitamente, entendiéndose por tales aquellos contra los que nos se promueva el juicio de amparo dentro de los términos que se señalan en los artículo 21, 22 y 218."

En efecto, el hecho de no atacar un acto de autoridad, en este caso la ley, dentro del término que señala el ordenamiento legal, traerá como consecuencia se tenga por consentido de un modo tácito dicho acto de autoridad. El hecho de que la ley hable de un consentimiento tácito y los plasme así en una fracción diferente a la del consentimiento expreso, tal vez lo podemos desprender de la lectura del artículo 1803 del Código Civil vigente que al referirse al consentimiento señala:

Artículo 1803.— El consentimiento puede ser expreso o tácito, es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, exepcto en los caso en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente."

Así pues, la Ley de Amparo presupone que si un particular no ataca un acto de autoridad, es por el simple motivo de que ese acto no daña su esfera jurídica y por lo tanto se impone como consecuencia que cuando sea intentada una demanda de amparo en forma extemporánea, la misma será declarada improcedente y como resultado se actualizará el supuesto que contempla la fracción III, del artículo 74, de la Ley de Amparo y por lo tanto será sobreseído el juicio.

En relación con este punto el maestro Alfonso Noriega señala lo siguiente:

"Es evidente que esta causal de improcedencia —el consentimiento de los actos reclamados— esta fundada jurídicamente por que así lo exige un principio general de derecho, osea el principio de seguridad jurídica, ya que será absurdo que procediera el juicio de amparo después de que el agraviado hubiese manifestado expresamente o de un modo tácito su conformidad con el acto violatorio de garantías y así mismo cuando por un acto propio de su voluntad se deja de presentar la queja constitucional dentro de los plazos expresos que al efecto fija la ley reglamentaria."(85)

(85) Noriega Cantu Alfonso, lecciones de Amparo, editorial porrúa. P. 485.

## D) EFECTOS DE LA SENTENCIA.

Pues bien, una vez que hemos apuntado cuál es la procedencia del amparo contra leyes, la incompetencia para conocer de él y la oportunidad para promoverlo, nos resta señalar cuales serán los efectos o consecuencias jurídicas de la sentencia en este tipo de amparos contra leyes; y sólo para llevar un desarrollo sistemático precisaremos lo que se debe entender por sentencia, recordando que al abordar el tema de procedimiento penal ya dimos una definición de esto, pero apoyándonos en el dicho de que el que abunda no daña, diremos que para el maestro Eduardo Pallares, la sentencia es:

"Sentencia es el acto jurisdiccional por medio del cual el juez resuelve las cuestiones principales materia del juicio o las incidentales que hayan surgido durante el proceso."(86)

La sentencia en el juicio de amparo se rige por varios principios que se encuentran plasmados en el artículo 107 constitucional fracción 2ª y de los artículo 76 al 87 de la Ley de Amparo dichos principios los podemos enumerar de la siguiente manera:

1.— El principio de relatividad de sentencias.

Este principio se contiene en los artículos 107 fracción 2ª y 76 de la Ley de Amparo, y a la letra dicen:

"Artículo 107.— Todas las controversias de que habla el artículo 103, se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes:

(86) Pallares Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa. P. 727.

II.— La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare."

Artículo 76.— Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare."

Los preceptos antes citados corresponden a las ideas del jurista Mariano Otero, de este hecho se desprende la consecuencia de que el principio de relatividad de las sentencias de amparo también se le llama la fórmula Otero. Aunque para ser mas precisos, debemos decir que el verdadero creador de este principio es Manuel Crescencio Rejón ya que Mariano Otero lo que realmente hizo fue recoger esta idea y proponerla formalmente.

El principio en comento, es considerado como toral en el juicio de amparo ya que evita que la sentencia, en su caso, pueda dar lugar a la derogación general de una ley inconstitucional, es decir a contrarij sensu, la sentencia de amparo sólo producirá efectos respecto de aquel quejoso que haya solicitado el amparo y protección de la Justicia Federal y en consecuencia esa ley seguirá siendo aplicable a todo el universo de gobernados que quedan fuera de ella, de ahí que este principio se vea relacionado con el de instancia de parte agraviada, es decir, que el amparo debe ser solicitado o promovido por aquella persona que haya sufrido una afectación directa en su esfera

jurídica. Así pues, podemos decir, que el principio de relatividad de la sentencia es uno de los factores más importantes para que se haya mantenido vivo hasta nuestros días el juicio de amparo, en virtud de que evita que el poder legislativo. En relación con estas ideas el maestro Alfonso Noriega Cantu nos dice lo siguiente:

"La razón de ser de este principio de acuerdo al pensamiento de Otero, así como los constituyentes de 1857, era evitar con una declaración general de inconstitucionalidad, que derogará o abolirá la ley reclamada provocando fricciones entre los poderes y pugnas violentas entre el poder judicial y el legislativo y aún el ejecutivo."(87)

## 2.- Principio de estricto derecho.

Este principio rector del juicio de amparo presenta una serie de cuestiones en cuanto a su aplicación. En primer término podemos señalar que se encuentra contenido en el artículo 79, párrafo 2º, de la ley de la materia y se refiere al amparo civil, aunque podemos mencionar que dicho principio ha sido extendido a otras materias por conducto de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así pues, el principio de estricto derecho en el juicio de amparo se refiere a que las sentencias en los juicios de garantía sólo se deben de analizar la inconstitucionalidad planteada en relación con los conceptos de violación expuestos en la demanda inicial por el quejoso, sin poder vertir otras consideraciones diferentes que, aunque pudieran resultar aplicables o procedentes, la autoridad se encuentra impedida para realizar cualquier tipo de análisis de inconstitucionalidad que no hubiere sido expuesto por el propio quejoso en los conceptos de violación.

(87) *Ibid.*, P. 696.

Ahora bien, como señalamos al comenzar el estudio de este tema, el principio de estricto derecho presenta una serie de particulares excepciones en cuanto a su aplicación, mismas que podemos enumerar de la siguiente manera:

- I.- En primer término este principio no opera en la materia penal.
- II.- Tampoco opera en materia agraria.
- III.- En materia laboral sólo opera el patrón.
- IV.- En contra de incapaces y menores de edad no se aplica.
- V.- También se restringe la aplicación del principio en estudio, para el caso de que los actos reclamados se funden en leyes que hayan sido declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- VI.- Y finalmente cuando se haya dejado al quejoso en notorio estado de indefensión.

En este orden de ideas, podemos decir que todos estos de excepción que se han enumerado, y en los cuales no se aplica el principio de estricto derecho, se les conoce como los márgenes o parámetros en los cuales se presenta la llamada "suplencia de la queja", que se encuentra regulada por el artículo 76 Bis de la Ley de Amparo.

### 3.- Principio contenido en el artículo 78 de la Ley de Amparo.

Por último, en las sentencias de amparo opera el principio que se refiere a que el juzgador sólo podrá apreciar y valorar las pruebas que fueren ofrecidas y desahogadas durante el procedimiento del cual emana el acto reclamado, principio este que se encuentra contenido en el artículo 78 de la Ley de la Materia.

Podemos decir que este principio va a regir a las sentencias de amparo que hayan estudiado como acto reclamado a una resolución inicial o administrativa siempre que esta última se presente dentro de un procedimiento seguido en forma de juicio, ya que solo en el podrá hablarse válidamente de una fase o etapa probatoria.

Una vez anotados los principios que rigen a las sentencias de amparo, procede analizar los contenidos que pueden presentar las sentencias definitivas en el juicio constitucional.

Pues bien, las sentencias de amparo pueden contener tres tipos de declaraciones o formas de resolver una controversia y éstas son las siguientes:

a).— Un primer tipo de sentencias lo podemos encontrar en aquellas que conceden el amparo, sentencias estas que va a completar el anhelo de todo quejoso de ser restituido en el goce de la o las garantías violadas o bien obligar a la autoridad a realizar una conducta establecida en la garantía y a cumplirla; debiéndose volver las cosas al estado que guardaban antes de la violación, observando lo dispuesto por el artículo 80 de la ley de la materia.

b).— Otra clase de sentencias son aquellas que niegan el amparo y protección de la Justicia Federal rompiendo con todas las esperanzas del quejoso; esta resolución se da cuando no ha sido comprobada la inconstitucionalidad de los actos que fueron reclamados y por lo tanto se les concede plena validez y eficacia jurídica.

c).— Pareciera posible pensar que como casi en todos los juicios solo hay dos tipos de sentencias, las que condenan y las que absuelven, en el juicio de amparo por analogía solo existirían las que niegan el amparo y las que lo conceden pero no es así, el juicio de garantías es un procedimiento tan técnico que aún al llegar a la fase de sentencia nos encontramos con que hay una tercera forma de resolver la controversia y esta es por medio de una sentencia de sobreseimiento.

El sobreseimiento en el juicio de amparo se encuentra regulado en el artículo 74, en el cual se apuntan específicamente cuales son los presupuestos para que éste opere. Dicho ordenamiento legal establece:

"Artículo 74.— Procede el sobreseimiento:

- I.— Cuando el agraviado desista expresamente de la demanda;
- II.— Cuando el agraviado muera durante el juicio, si la garantía reclamada sólo afecta a su persona;
- III.— Cuando durante el juicio apareciera o sobreviniere algunas de las causas de improcedencia a que se refiere el capítulo anterior;
- IV.— Cuando de las constancias de autos apareciere claramente demostrado que no existe el acto reclamado, o cuando no se aprobare su existencia en la audiencia a que se refiere el artículo 155 de esta ley.

Quando hayan cesado los efectos del acto reclamado o cuando hayan ocurrido causas notorias de sobreseimiento, la parte quejosa y la autoridad o autoridades responsables están obligadas a manifestarlo así, y si no cumplen esa obligación, se les impondrá una multa de diez a ciento ochenta días de salario, según las circunstancias del caso.

V.- En los amparos directos y en los indirectos que se encuentran en trámite entre los Jueces de Distrito, cuando el acto reclamado sea del orden civil, o administrativo, si cualquiera que sea el estado del juicio, no se ha efectuado ningún acto procesal durante el término de trescientos días incluyendo los inhábiles, ni el quejoso ha promovido en ese mismo lapso.

En los amparos en revisión, la inactividad procesal o la falta de promoción del recurrente durante el término indicado, producirá la caducidad de la instancia. En ese caso, el tribunal revisor declarará que ha quedado firme en la sentencia recurrida.

En los amparos en materia de trabajo, operará el sobreseimiento por inactividad procesal o la caducidad de la instancia en los términos antes señalados, cuando el quejoso o recurrente, según el caso, sea el patrón.

Celebrada la audiencia constitucional o listado el asunto para audiencia no procederá sobreseimiento por inactividad procesal ni la caducidad de la instancia.

Ahora bien, de las cinco fracciones transcritas podemos decir que las dos primeras encierran supuestas claras e indiscutibles y hasta inevitables de que se de el sobreseimiento, cosa que no podemos decir de las tres restantes fracciones en las cuales la mayoría de las veces se van a actualizar sus supuestos por culpa del abogado encargado del amparo y por un descuido haya incurrido en una causal de improcedencia del artículo 73, o bien no hay tenido la habilidad de probar el acto reclamado, o en acopio de negligencia haber dejado de promover lo necesario para evitar que operará la caducidad de la instancia.

Debemos recordar que al dictar el sobreseimiento ya no se estudia la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto. Es importante señalar que un sólo asunto es posible de acuerdo con la diversidad de los actos reclamados que se den hasta los tres tipos de sentencia que hemos mencionado, es decir suponiendo que tuvieramos un juicio de garantías en el cual existieran los actos reclamados a, b, c, d, e y f al llegar el momento de la sentencia puede darse el caso que respecto de los actos a, c y d, se nos conceda el amparo y protección de la Justicia Federal que respecto de los b y e se niegue el amparo y por último en relación con el f se sobresea...

Resumiendo las ideas expuestas y para llegar a una conclusión respecto de los efectos de la sentencia en el amparo contra leyes, podemos decir que esta tiene el efecto derogatorio de la ley, pero únicamente en favor del quejoso que haya promovido y ganado el juicio de garantías, ésto cuando se impugna la norma por vía indirecta, como autoaplicativa o heteroaplicativa a través de su primer acto de aplicación; pero cuando se reclama por vía o sea, a través de una sentencia definitiva o en aquellos otros casos en que el acto de aplicación deriva de un juicio o procedimiento, judicial o administrativo, los efectos de la sentencia que protege contra la ley, se constriñen únicamente a dejar insubsistente el acto procesal de aplicación, pudiéndose posteriormente volver a aplicar la norma al mismo quejoso sin que se viole la sentencia constitucional.

Ahora bien, como el enfoque de nuestro estudio lo hemos encaminado hacia la materia penal, creemos pertinente hacer algunos apuntes en relación con el amparo con esta materia, ya que el mismo reviste características especiales y por lo tanto nos ocuparemos de señalarlas brevemente:

- a).- En las demandas de amparo penal no rige el término genérico de 15 días siempre y cuando se trate de los actos enumerados en el artículo 17 de la Ley de Amparo tal y como se desprende del artículo 22, fracción II, de la ley de la materia.
- b).- Así mismo, cuando se trate de este tipo de actos serán hábiles todos los días y horas para promover el amparo como lo establece el artículo 23 párrafo segundo del mismo ordenamiento legal señalado.
- c).- La demanda de amparo penal puede hacerse o tramitarse por el defensor del quejoso bastando solo que se ostente con ese carácter, (artículo 16 de la Ley de Amparo).
- d).- Trantándose también de los actos contenidos en el artículo 17 de la Ley de Amparo, el juicio de garantías puede iniciarse por cualquier persona a nombre del quejoso, inclusive por un menor de edad.

Requiriéndose únicamente la ratificación del quejoso en el término de tres días contados a partir de que sea requerido. (Artículo 17 de la Ley de Amparo).

- e).- Tratándose de los actos mencionados en el artículo 17 de la Ley de Amparo y cuando en el lugar donde se encuentra el quejoso no haya Juez de Distrito, el primero podrá presentarla ante un Juez de primera instancia, el cual ordenará que las cosas se mantengan en el estado en que se encuentren por el término de 72 horas, procediendo a remitir la demanda original a un Juez de Distrito, a esto se le llama competencia auxiliar (artículo 38, 39 y 144 de la Ley de Amparo).

- f).— Cuando se traten de violaciones de garantías de los artículos 16, 19 y 20 de la Constitución en Materia Penal, la demanda de amparo puede presentarse además de ante el Juez de Distrito, ante el Superior del Tribunal que haya cometido la violación (artículo 37 de la Ley de Amparo), a esto se le llama competencia concurrente.
- g).— Tampoco opera el principio de estricto derecho ya que se presenta la suplencia de la queja (artículo 76 Bis fracción II) aún ante la ausencia de conceptos violatorios.
- h).— En el caso de que un Juez de Distrito esté impedido para conocer de un amparo pero no tenga interés personal, podrá iniciar el trámite de la suspensión provisional dictando el auto y después informar al quejoso del juez que lo sustituirá. (artículo 72 de la Ley de Amparo).
- i).— Tratándose de actos que directamente pongan en peligro la vida, pretendan la deportación o destierro del quejoso o la ejecución de alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución, el juez al admitir la demanda ordenará la suspensión de oficio y la comunicará a la autoridad responsable (artículo 123 fracción I de la Ley de Amparo).
- j).— Con el único propósito de que queden claros los efectos de la suspensión cuando se trata de actos de privación de libertad, transcribimos los siguientes apuntes del Licenciado Carlos Alfonso Curz Burguete, mismos que resultan muy ilustrativos:

"Si los actos atentatorios de la libertad personal emanan de autoridades judiciales, la suspensión tiene como efecto poner al quejoso a disposición del juez de amparo en lo que toca a su persona, y a la del juez del proceso para que continúe la marcha normal del mismo, para lo cual el juez que la conceda condiciona esa concesión de la suspensión a la satisfacción de medidas de aseguramiento que estima pertinentes (inclusive el de mantenerlo en prisión o internarlo en ella), que le permitan devolver al quejoso a la autoridad que deba juzgarlo, en caso de que no llegue a concedérsele el amparo.

Si la restricción de la libertad personal es dictada fuera de procedimiento judicial, la suspensión provisional siempre se concederá de acuerdo con lo establecido por el artículo 130, tomando como medida de aseguramiento que el quejoso quede a disposición del Juez de Distrito, en lo que toca a su persona. Dado que los ataques a la libertad personal fuera del procedimiento judicial resultan violatorios del artículo 16 constitucional, que previene que sólo la autoridad judicial podrá librar órdenes de aprehensión o detención."(88)

1) En la audiencia incidental tratándose de la materia penal, se puede recibir como prueba además de la inspección ocular y la documental, la testimonial, siempre y cuando se trate de los actos a que se refiere el artículo 17 de la Ley de Amparo (artículo 131, párrafo II, de la Ley de Amparo).

m).— Sólo en los amparos penales y tratándose de los actos mencionados en el artículo 17 de la Ley de Amparo podrán alegar verbalmente las partes lo que se estime conveniente y solicitar que se asiente en autos un extracto de sus alegatos (artículo 155 de párrafo II de la Ley de Amparo).

n).— Por último, el artículo 111, párrafo II de la Ley de Amparo plantea un caso de excepción tratándose de ejecución de sentencias de amparo en materia penal, cuando se deba poner en libertad al quejoso, para lo cual la responsable cuenta con el término de tres días, ya que en caso contrario la autoridad que haya conocido del juicio mandará a ponerlo en libertad.

Resultan aplicables a las ideas expuestas en este capítulo los siguientes criterios jurisprudenciales y jurisprudencias firmes que nos permitimos apuntar:

### **"INTERES JURIDICO. AMPARO CONTRA LEYES**

Si se reclamó la aplicación de una ley y ello no se demostró, la sola promulgación no afecta los intereses jurídicos del quejoso."(89)

(89).Sexta Epoca, Primera Parte:

Vol. LXIII, Pág. 9 A. R. 4863/57. Valentín Rayón Díaz. Unanimidad de 16 votos.

Vol. LXIII, Pág. 9 A.R. 4001/57. Alfredo Femat Ruíz Esparza y Coags. Unanimidad de 16 votos.

Vol. LXIII, Pág. 9 A.R. 2271/58. José Villa Arellano y Coags. Unanimidad de 16 votos

\_\_\_\_ Vol. LXIII, Pág. 9. 2802/57. Cenobio Moreno Vázquez y Coags. Unanimidad de 16 votos.

Vol. LXIII, Pág. 9. A.R. 5744/55. Gonzalo Mercado Ruiz, y Coags. Unanimidad de 17 votos.

## **LEYES AMPARO CONTRA LA EXPEDICION, PROMULGACION Y PUBLICACION DE LAS.**

"En el amparo contra la promulgación, publicación y refrendo de la norma legal impugnada, no procede el sobreseimiento, porque si bien es cierto que el procedimiento de formación de la Ley intervienen diversos órganos constitucionales, como lo son el Legislativo que las expide y el Ejecutivo que la promulga y ordena su publicación, dichos actos no pueden considerarse consumados irreparablemente para los efectos del amparo, toda que en su conjunto son los que otorgan vigencia a la Ley reclamada y, por tanto, hacen que el ordenamiento respectivo pueda ser aplicado a los casos concretos comprendidos en las hipótesis normativas, y son todos los que pueden ser reparados a través del juicio de garantías. La expedición, promulgación de la Ley no puede quedar subsistente o insubsistente, aisladamente, puesto que tales actos concurren para que tengan vigencia la Ley y pueda ser aplicada, y en cambio necesariamente dejan de producir efectos conjuntamente al pronunciarse una ejecutoria que declara inconstitucional a la Ley en el caso concreto a que se refiere el fallo. Consecuentemente, a pesar de que se produzcan por órganos diferentes, no pueden considerarse consumados irreparablemente ni improcedente su declaración en el juicio de amparo que se interpone contra la Ley."(90)

(90) Sexta Epoca, Primera Parte:

Vol. XLI, Pág. 218. A.R. 5386/56. Anáhuac Inmuebles, S. A. mayoría de 14 votos.

Vol. XII, Pág. 218. A.R. 7316/56. Bienes Raíces Carmela, S. A. y Coags. Mayoría de votos.

Vol. XLI, Pág. 218. A.R. 682/56. Inmobiliaria Panamericana, S. A. Mayoría de 15 votos.

Vol. XLI, Pág. 219. A.R. 7002/65. Condominio Nueva Clavería, S.A.  
Mayoría de votos.

Vol. LV, Pág. 81. A.R. 675/53. Esteban Herrera de Anda. Unanimidad de 16 votos.

## LEYES DE AMPARO CONTRA. TERMINO PARA PROMOVER LA DEMANDA

"Los distintos términos para impugnar una Ley que se estime inconstitucional, son:

- a).— Dentro de los treinta días siguientes en que entre en vigor la Ley si es autoaplicativa (Artículo 22, fracción I, de la Ley de Amparo); b) Dentro de los quince días a partir del primer acto de aplicación (Artículo 21 de la misma Ley), y c) Dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se notifique la resolución del recurso o medio de defensa ordinario, si éste se agotó previamente a la interposición del amparo (Artículo 73, fracción XII, tercer párrafo, de la Ley invocada) (91)

(91) Séptima época, primera parte.

Vols. 115–120, Pág. 128. A.R. 73/78. "Mezquital del Oro de Occidente", S.A. Unanimidad de 16 votos.

Vols. 121–126, Pág. 129. A.R. 6179/77. "Talleres Estrella", S.A. Unanimidad de 18 votos.

Vols. 127–132. Pág. 204. A.R. 23460/78. Concepción Bustamante y Coags. Unanimidad de 18 votos.

Vols. 139–144, Pág. 195. A.R. 5703/69. Inmobiliaria Roal, S.A. Unanimidad de 16 votos.

Vols. 163–168, Pág. 98. A.R. 1648/80 Industrias IEM, S.A. de C.V. Unanimidad de 20 votos

**LEYES, AMPARO CONTRA Y CONTRA ACTOS DE APLICACION DE LAS MISMAS. SOBRESEIMIENTO.**

"Si se impugna la constitucionalidad de una ley o no a raíz de su sola vigencia, por afectar desde luego a la parte quejosa, sino a consecuencia de actos concretos de aplicación, y la sentencia sobre respecto a todos los actos de aplicación de la Ley. y en el recurso se combate únicamente la sentencia en cuanto negó el amparo respecto a la Ley, no así en cuanto sobreseyó el juicio a propósito de los actos de aplicación, lo anterior tiene como consecuencia que deba revocarse la negativa del amparo y decretarse el sobreseimiento del juicio, también en relación a la Ley que se reclama, por que si se impugnó su constitucionalidad por haberse producido actos de aplicación, y tocante a éstos se sobreseyó el juicio, contra el sobreseimiento no se inconforma el recurrente, desaparecidos, los actos de aplicación el sobreseimiento debe pronunciarse también sobre la Ley." (92)

(92). Séptima Época, Primera Parte:

Vol. 62, Pág. A.R. 5464/71. Clementina Reyes Espinosa Vda. salgado.

Unanimidad de 15 votos.

Vol. 65, Pág. A.R. 6485/66. Jesus Navarro Elizondo. Unanimidad de 15 votos

Vol. 90, Pag. A.R. 5529/75. Antonio Gallar Valencia. Unanimidad de 16 votos.

Vol. 90, Pág. 37, A.R. 429/76. Margarita Toledo García. Unanimidad de 16 votos.

Vol. 90, Pág. 37, A.R. 6482/75. Antonio López Liceaga Unanimidad de 16 votos.

**LEYES RECURSOS QUE DEBEN AGOTARSE PREVIAMENTE AL AMPARO CONTRA. CUANDO OPERA EL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD DEL JUICIO DEL AMPARO.**

"De acuerdo con el criterio flexible y equitativo del párrafo de la fracción XII del artículo 73 de la ley de Amparo, adicionado por el decreto del 3 de enero de mil novecientos sesenta y ocho, publicado en el Diario Oficial del treinta de abril del mismo año, en vigor a los ciento ochenta días siguientes al de su publicación ( 28 de octubre de 1968), si contra el primer acto de aplicación de la ley combatida procede algún recurso o medio de defensa legal, por virtud de cuál puede ser modificado, revocado o nulificado, será optativo para el interesado hacerlo valer o impugnar, desde luego, la ley a través del juicio de amparo. Sin embargo, si el interesado opta por el recurso o medio de defensa legal, y si ese recurso o medio de defensa legal es procedente, opera el principio de definitividad que rige en el juicio de amparo, quedando obligado el interesado a recorrer, previamente a la interposición de la acción constitucionales, todas las jurisdicciones y competencias a virtud del ejercicio de los recursos ordinarios tendientes a revocar o modificar el acto lesivo a sus intereses." (93).

(93)Septima Epoca, primera parte:

Vol. 11 Pág. 16, A.R. 3186/69. Carmen Basurto de Sánchez García. Unanimidad de 16 votos.

Vols. 109–114, Pág. 117. A.R. 5981/76. Jaime Valdes Mar. Unanimidad de 18 votos.

Vols. 127– 132, Pág. 228. A.R. 3460/78. Concepción Bustamante y Coags. Unanimidad de 18 votos.

Vols. 127–132. Pág. 228 A.R. 3593/78. Victoriano Ayala Jurez y otros. Unanimidad de 18 votos.

Vols. 139–144, Pág. 196 A.R. 3520/77. Distribuidora Intermex, S.A. Unanimidad de 17 votos.

## CAPITULO IV

### INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTICULOS 551 Y 426 DE LOS CODIGOS DEL DISTRITO Y FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES RESPECTIVAMENTE EN CUANTO A LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA DICTADA EN EL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS.

#### A).- CONCEPTOS.

En este apartado apuntaremos las definiciones de las palabras que estarán presentes en el desarrollo del presente capítulo.

1.- "Inconstitucionalidad, oposición de una ley de un decreto o de un acto de los preceptos de la Constitución."(94).

2.- "Absolver del latín *absolvere*; de *ab* y *solvere*, desatar, soltar." (95).

3.- Instancia. La palabra instancia tiene dos acepciones, una general, caon la que se expresa cualquier petición, solicitud o demanda que se hace a la autoridad, y otra especial, que quiere decir el ejercicio de la acción judicial desde la demanda hasta la sentencia definitiva.

(94) Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Selecciones del Reader's Digest. Editorial Selecciones del Reader's Digest, Tomo VI. P. 1926.

(95) Idem Tomo I, P. 16

Capitat, en su vocabulario Jurídico, la define como el conjunto de actos, de plazos y de formalidades que tienen por objeto la iniciación, la instrucción y el fin del proceso. El artículo Procesal de Uruguay dice: "La instancia en el juicio, es el ejercicio de la acción ante el mismo juez hasta la sentencia definitiva. Cabe decir que aunque el juez cambie por recusación, excusa u otro motivo, no, por eso deje de producirse la instancia,"(96)

4.- Incidente.- Incidente penal es una cuestión promovida en un procedimiento que en relación con el tema principal reviste un carácter accesorio y que, encontrándose fuera de las etapas normales, exige una tramitación especial."(97)

#### **B).-EFECTOS DE LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA EN EL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS.**

Tal y como apuntamos en el segundo capítulo de este trabajo, este incidente sólo se puede dar cuando ya se hubiere dictado el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, es decir, cuando el consignado adquiere el carácter de procesado, así mismo en esa oportunidad apuntamos los supuestos de procedencia y la forma de tramitación de este tipo de incidente, pues bien ahora trataremos de precisar cuales son los efectos que trae aparejada la sentencia interlocutoria, cuando según sea el caso esa libertad es concedida dependiendo del fundamento o de la fracción en la que el juez o el tribunal se haya basado para concederla y decimos el tribunal porque debemos recordar que la interlocutoria que niegue la libertad por desvanecimiento de datos es susceptible de ser recurrida.

(96) Ibid., P. 422

(97) Rivera Silva. op. cit; p. 345

La libertad por desvanecimiento de datos puede ser decretada con apoyo en dos supuestos legales, mismos que se contienen en los códigos adjetivos penales, tanto en el del Distrito Federal, como en el federal, mismos que a continuación transcribiremos:

El Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 547 dice:

"Art. 547.— En consecuencia, la libertad por desvanecimiento de datos procede en los siguientes casos:

- I.— Cuando en curso del proceso aparezcan, por prueba plena indubitable, desvanecidas las que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito; y
- II.— Cuando, sin que aparezcan datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido, por prueba plena indubitable, los señalados en el auto de formal prisión para tener al detenido como presunto culpable."

El Código Federal de Procedimientos Penales en el artículo 422 señala idénticos casos de procedencia:

No hay dificultad para advertir, como lo apuntamos en su oportunidad, que la primera fracción en ambos códigos planteé el supuesto de que se hubieran desvanecido los datos referentes al cuerpo del delito y en el segundo caso se refiere a que haya sucedido lo mismo a la presunta responsabilidad. Ahora bien, el punto importante y del cuál nos ocuparemos, consiste saber que diferencia hay en cuanto a los efectos de una libertad dictada con fundamento en que se hayan desvanecido los datos del cuerpo del delito y cuando se funde en el desvanecimiento de la presunta responsabilidad.

En este orden de ideas nos ocuparemos de los efectos del primer supuesto.

Los artículos 551 párrafo segundo (adicionando por el artículo primero del decreto del 22 de Diciembre de 1983, publicado el 4 de enero de 1984), y el 426 en su última parte del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y del Código Federal Penales respectivamente dicen:

"Art. 551...— En el caso de la fracción I del artículo 547, la resolución que concede la libertad, tendrá efectos definitivos y se sobreseerá el proceso"

"Art. 426.— Cuando la libertad se resuelva con apoyo en la fracción I del artículo 422, tendrá efectos definitivos y se sobreseerá el proceso."

De los artículos transcritos, se desprende que cuando se tramite un incidente de libertad por desvanecimiento de datos y se acredite fehacientemente que se han destruído los elementos que servían de base para tener por comprobado el cuerpo del delito de algún ilícito penal la sentencia interlocutoria que así lo determine producirá el efecto de que el asunto sea sobreseído con las consecuencias de una sentencia absolutoria, por lo cuál el procesado será puesto en absoluta libertad, siempre y cuando el sobreseimiento haya causado estado.

Este primer caso, en el cuál los efectos de la sentencia interlocutoria van ha ser de sobreseimiento, no presenta mayor problema en virtud de lo que se ha destruido o atacado es el cuerpo del delito y como es bien sabido sin delito no puede existir delincuente.

Ahora bien, pasaremos a analizar el segundo supuesto por el cuál puede ser dictada la sentencia interlocutoria de libertad por desvanecimiento de datos, y a mayor abundamiento transcribimos los artículos que contienen los efectos de libertad por desvanecimiento de datos cuando es dictada con fundamento en la segunda hipótesis de procedencia.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 551 dice:

"Art. 551.— En el caso de la fracción II del artículo 547, la resolución que conceda la libertad tendrá los mismos efectos de auto de libertad por falta de méritos, quedando expedida la acción del Ministerio Público para pedir de nuevo aprehensión del inculcado, si aparecieren nuevos datos que lo ameriten, así como nueva formal prisión del mismo."

El Código Federal de Procedimientos Penales establece en su artículo 426:

"Art. 426.— La resolución que conceda la libertad tendrá los mismos efectos que el auto de libertad por falta de elementos para procesar, quedando expedidos el derecho del Ministerio Público para pedir nuevamente la aprehensión del inculcado y la facultad del Tribunal para dictar nuevo auto de formal prisión, si aparecieren posteriormente datos que les sirvan de fundamento y siempre que no se varíen los hechos delictivos motivo del procedimiento..."

De la transcripción de los anteriores artículos podemos observar que en estos se contiene una hipótesis totalmente opuesta a la anterior, es decir, se preve la posibilidad de que una vez que un procesado ha sido sentenciado interlocutoriamente para alcanzar la libertad por desvanecimiento de la presunta responsabilidad este salga del proceso, es decir quede libre, pero, se mantienen las reservas de ley o sea que el Ministerio Público tendrá expedida la acción para poder solicitar posteriormente y si aparecieren nuevos datos, la aprehensión del reo, y en su caso que le sea dictado un nuevo auto de formal prisión, es decir producirá los efectos de un auto de libertad por falta de elementos para procesar.

### **C) LA LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD Y EL ARTICULO 23 DE LA CONSTITUCION.**

La intitulación del presente apartado obedece a la necesidad de establecer si este tipo de efecto que acabamos de apuntar en el inciso anterior, es decir, si el hecho de que un juez deje en libertad a un reo por haberse desvanecido los elementos de su presunta responsabilidad pero condicionando esa libertad, en virtud de que si aparecen nuevos datos existe la posibilidad de que sea aprehendido nuevamente, implica o no una violación al artículo 23 constitucional en su último párrafo, que contiene la prohibición de absolver de la instancia.

El artículo 23 Constitucional en su ultimo párrafo establece:

Art.- 23 "Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia."

La anterior garantía constitucional la podemos interpretar en el sentido que una vez que se ha iniciado un procedimiento contra alguien, el juez tiene la obligación de condenar o de absolver, pero por mandato constitucional tiene prohibido absolver de la instancia, es decir soltar, desatar al reo dejando abierta la posibilidad de volver a juzgarlo.

Ahora bien, para efectos prácticos veamos si esta prohibición es cumplida o no por nuestros tribunales y juzgados en materia penal, o si de lo contrario transgrede tal garantía de la ley suprema.

Como hemos apuntado en capítulos anteriores, todo procedimiento penal inicia con la fase de averiguación previa, en la cuál el Ministerio Público en su carácter de autoridad debe de realizar todas las diligencias necesarias para establecer si la persona señalada como presunto responsable debe ser consignada o no, es decir, debe reunir todos los datos necesarios para establecer si se integra el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, ya que de lo contrario se tendrá que determinar el archivo o la reserva según sea el caso concreto. Aquí podemos concluir que esta etapa de averiguación previa es la que marca la oportunidad procesal para que la autoridad investigadora reúna todos los elementos de prueba necesarios para cumplir con el mandato constitucional establecido en el artículo 19 en su primer párrafo que señala:

Art. 19 "Ninguna detención podrá exceder el término de tres días, sin que justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán:

El delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordene la detención o la consienta, y a los agentes, ministerios, alcaldes o carceleros que la ejecuten."

Por lo tanto, el Ministerio Público al consignar a alguna persona debe estar seguro de cumplir con los requisitos jurídicos que establece al artículo transcrito, ya que como se puede desprender de la lectura del mismo, en caso contrario el servidor público incurrirá en una responsabilidad.

Ahora bien, una vez que ha sido consignado el presunto responsable y dentro del término constitucional le ha sido fijada la litis e iniciado el proceso penal, el reo tiene derecho de que su caso termine con una sentencia ya sea condenatoria o absolutoria; pero si durante la secuela procesal el procesado promueve un incidente de libertad por desvanecimiento de datos y lo fundamenta en la fracción segunda del artículo 547 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, o en la fracción II, del artículo 422, si se trata del fuero federal, y en la misma posición el juzgador encuentra fundado el incidente al reo por haberse desvanecido por medio de pruebas indubitales su presunta responsabilidad, pero al mismo tiempo condiciona esa libertad decretando las reservas de ley conforme a lo que se establece en los códigos adjetivos de ambos fueros, y así deja expedita la acción del Ministerio Público para pedir de nuevo la aprehensión del que esta dejando en libertad. Así las cosas, debemos entender que esta "libertad", no es otra cosa que una ficción puesto que el sujeto que esta siendo puesto en libertad estará expuesto a ser aprehendido en cualquier momento y por lo tanto se romperá con todo principio de seguridad jurídica y habrán sido infructuosas todas y cada una de las molestias que haya sufrido el reo hasta antes de alcanzar esta supuesta libertad que a nuestro modo de ver, solo se puede traducir en una práctica más de absolución de la instancia.

En relación con el tema de la absolución de la instancia del Dr. Juventino V. Castro apunta lo siguiente:

"Finalmente, y respecto a la última de las prohibiciones del artículo 23, en el sentido de que se rechaza la práctica de absolver de la instancia, ello estará ligado totalmente con lo anteriormente examinado que impide mediante procedimientos viciados y atentatorios al individuo las arbitrariedades del poder público a través de sus funcionarios judiciales, al permitirse que un acusado quede indefinidamente sujeto a

procedimientos judiciales que ponen en entredicho su dignidad, y lo obligan a una defensa continua contra un cargo que jamás tiene definición en cualquier sentido.

En efecto, dicha práctica se utilizaba cuando en el proceso la parte acusadora no lograba demostrar plenamente la responsabilidad de un acusado en un hecho delictuoso, lo que forzosamente lo llevará a su absolución, impidiéndose para el futuro un nuevo procesamiento de acuerdo con las disposiciones que ya hemos examinado.

Entonces, las autoridades judiciales en colusión con la acusadora, absolvían de la instancia al reo, sin declarar por lo tanto ni su culpabilidad ni su inocencia, dejando abierta la posibilidad de encausar nuevamente con posterioridad al mismo acusado, sin que éste pudiera alegar que ya había sido juzgado por el mismo delito o por los hechos que son el contenido de éste, ya que tal juzgamiento en realidad no ocurre cuando se absuelve de la instancia.

De ahí la oportuna prohibición constitucional, que evita una evidente arbitrariedad en perjuicio de un individuo injustamente acusado como autor de hechos delictuosos."(98)

De las ideas transcritas se advierte que la absolución de la instancia si bien es cierto se encuentra prohibida en la constitución y además es una garantía digna de halago, por otro lado encontramos disposiciones secundarias que rompen con la prohibición constitucional, como lo es ha nuestro modo de pensar, la disposición que permite volver a dictar una aprehensión y un nuevo auto de formal prisión a alguien que obtuvo su libertad por medio del desvanecimiento de datos.

(98).Tomo XXXIX, Quinta Epoca, Pág. 35. Castrp V. Juventino. Garantías y Amparo.

Es decir, debemos de partir del supuesto de que en un proceso penal el Ministerio Público ya no es autoridad, si no sólo una parte que trata de demostrar que alguien es penalmente responsable basándose en los datos arrojados en la averiguación previa y tal vez en el proceso mismo pero si ese alguien ha podido demostrar a través de pruebas indubitables que él no ha cometido el hecho delictuoso imputado, entonces resulta incorrecto que se deje abierta la posibilidad de que el Ministerio Público siga investigando durante el tiempo que quiere para posteriormente mandar reaprender a una persona, que será nuevamente puesta a disposición y no por el hecho de haber cometido algún delito si no sólo por el hecho de que su libertad no era absoluta sino condicionada. Ahora, si bien es cierto todo delito debe ser sancionado; también lo es, que no debe de castigarse a un inocente, y si el Ministerio Público consigna a la Autoridad juzgadora la comisión de un delito, pero en la secuela procesal aparece que la persona sujeta a proceso o formalmente presa no ha cometido tal ilícito penal esto no quiere decir que no exista el delito sino que presunto responsable debe ser otra persona y no al que se esta juzgando.

En todo caso, estimamos que pudiera ser prudente prolongar el término de cinco días a que se refiere el artículo 548 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y 423 del Código Federal de Procedimientos Penales, para que así el procesado pudiera aportar las pruebas necesarias que demuestren la posibilidad de gozar de su libertad, creemos pues que con esto sería más que suficiente, toda vez que en si mismos los supuestos para alcanzar esta libertad exigen prueba plena, e indubitable y con esta prolongación en el término para llevar a cabo la audiencia que bien podría ser de 10 días salvo que al llegar dicho término el Ministerio Público solicitará la ampliación por otro lapso tal vez igual exponiendo las razones de su solicitud, el Ministerio Público estará en posibilidad de averiguar y en su opinion allegarse datos para comprobar si procede el dictar tal resolución o no.

Así las cosas, insistimos en esto pues el retraso que pueda darse tal vez de un mes o más no sería tan grave como el dictar una resolución que va a dejar al reo en una libertad viciada de absoluta inseguridad jurídica.

En relación con este tema penalista Doctor Jesús Zamora Pierce expresa lo siguiente:

"Todos los justiciables se encuentran en un estado de inocencia, como del cual no pueden ser sancionados. Cuando existan pruebas que sean bastantes para comprobar el cuerpo de un delito y hacer probable la responsabilidad de una persona (artículo 19 Constitucional), el Ministerio Público, quien tiene el monopolio de la acción penal (artículo 21 constitucional) la ejercerá en su contra. Como consecuencia, y para satisfacer el interés social de que los delitos sean sancionados, se impondrán al procesado penal una serie de molestias en su persona, su libertad, en su reputación, y en economía, pero esas molestias y, consecuentemente, la conducta del Ministerio Público y del poder judicial, estarán limitadas por el marco sistemático que forman las cuatro garantías arriba mencionadas. En consecuencia:

Una vez que se inicie la primera instancia penal, el acusado tendrá derecho a que se lleve su fin pues no podrá absolverle de dicha instancia. En fin de la instancia será una decisión judicial que resuelva sobre el fondo de la litis y que, en consecuencia, absuelva o condene al acusado. El procesado será juzgado mediante un procedimiento que tendrá, como tres instancias, y una duración máxima de un año. Terminado el juicio por la sentencia ejecutoriada, el mismo individuo no podrá volver a ser juzgado por los mismos hechos.

El artículo 25 del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechas en la ciudad de México el 16 de Junio de 1856, decía "Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito; ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene." Como vemos, el proyecto citado mencionaba tan solo una de las garantías que han consagra el artículo 23.

Dicho artículo 25 se presentó a debate ante el Congreso Constituyente en la sesión de 19 de agosto de 1856.

Puesto a discusión, se suscito un vivo debate entre los señores Albino Aranda, Manuel Buenrostro, José Mariá Mata, Ponciano Arriaga, Ignacio Ramírez y León Guzmán, en el que se trató de la absolución de la instancia y al respecto, se dió lectura a lo que sobre este tema dice el Diccionario de la Legislación de Escriche:

"...Todo Hombre se halla en posesión de su inocencia, mientras no se pruebe claramente que la ha perdido."

"En la práctica, sin embargo, se ha adoptado el sistema de absolver de la instancia al procesado, cuando por una parte no prueba bien su inocencia, y por otra se ve que la acusación, aunque no probada, no se ha intentado sin algún fundamento, porque en semejante caso, según dicen los criminalistas, no hay méritos para darle por libre absolutamente ni para condenarlo."

"A pesar pues de que la ley no conoce más que una absolución, se distinguen prácticamente dos especies, la absolución libre, o sea la absolución de la demanda o del juicio, y la absolución de la instancia. La primera es absoluta, completa, definitiva;

da enteramente por libre o quito al acusado, exonerándole de la acusación o querrela, y justificándole plenamente; impone perpetuo silencio al acusador; cierra el juicio, y produce otros efectos, como luego lo veremos. La segunda no es sino relativa, imperfecta, interina; se limita sólo a los autos hechos; deja la puerta abierta a nuevas pesquisas, y suspende más bien el tema del juicio, el cual puede abrirse o instaurarse si después sobrevienen nuevas pruebas, a las que se juntan las antiguas reproduciéndolas de nuevo."

"Seguramente, cuando no hay méritos para condenar al reo, los hay para darle por libre, porque no pudiendo condenarse a nadie sin que las pruebas sean tan claras como la luz, ha de declararse inocente al que no se puede decir absolutamente culpado: *Humanae rationis est innocentes deciere quos absolute nocentes pronuntire non possumus*; y la libertad que se le debe dar en tal caso, no puede menos de ser completa y absoluta, con los efectos que produce la sentencia definitiva; pues de otro modo serían ilusorias las leyes que fijan los plazos para probar y juzgar: nunca los pleitos se podrían encimar ni acabar; *Nullus esset litium finis*; se haría más ventajosa la posición del acusador que la del acusado, contra lo establecido por derecho; tendría que estar el reo, aunque sin culpa, siempre temblando bajo el peso de una acusación nunca acabada; y se daría ancho campo a la calumnia y a persecuciones injustas."

La Comisión modificó entonces el artículo 25 del proyecto, dándole el texto que fue aprobado como artículo 24 de la Constitución de 1857: "Ningún juicio criminal puede tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda abolida la práctica de absolver de la instancia."

Comentando el texto constitucional transcrito Montiel y Duarte dijo:

"A propósito de los juicios criminales si ha de ser efectiva la seguridad personal, necesario es sancionar el principio de que las molestias y vejaciones a que da lugar una causa criminal deben tener un término que consiste precisamente en la sentencia, y para que este término sea definitivo, necesario es que ésta constituya absolución o condenación neta, precisa y terminante."

"Esto es lo que ha hecho nuestra legislación constitucional, de modo que conforme a ella, una vez comenzado a juzgar un individuo, éste tendrá un derecho incontestable para exigir del juez que siga sin interrupción la secuela de su causa, hasta que se le absuelva o condene en formal sentencia definitiva."

"Ahora puede preguntarse: ¿armoniza con esta prescripción la opinión de que en las causales criminales hay sobreseimientos que equivalen a simple suspensión respecto de persona determinada? Y desde luego debe contestarse que no, si se atiende a que la absolución de la instancia prohibida por nuestra legislación constitucional, no es otra cosa que una suspensión de la causa, entretanto llegan a aparecer mejores pruebas contra el acusado."

"Este concepto se robustece, teniendo en cuenta que prácticos tan respetables como lo son el sr. Gregorio López y el maestro Antonio Gómez, opinaron en contra de la absolución de la instancia en materia criminal, sin embargo de no ser tan claros y precisos los principios que entonces regían, como lo son lo que después se consignaron en nuestra legislación constitucional."

"Este supuesto, puede y debe decirse, que si la ley fundamental del país ha proscrito la absolución de la instancia en cuanto que sólo es una suspensión de la causa contra determinada persona, resulta, que conforme al espíritu manifiesto de dicha Constitución, queda proscrita toda providencia judicial que sólo importe suspensión de causa contra persona determinada."

"Y aunque hay en efecto sobresentimientos que no cierran por completo la puerta a la continuación de la secuela de una causa criminal, tales sobresentimientos son aquellos que se decretan porque ni siquiera ha llegado a comprobarse la perpetración efectiva del delito, antes por lo mismo de que el procedimiento haya llegado a relacionarse con persona determinada."

"Mas una vez comprobado el hecho de haberse perpetrado un delito, y una vez que éste haya dado lugar a procedimientos judiciales contra persona determinada, no cabe un sobresentimiento de simple suspensión, porque entonces, como dice un escritor contemporáneo: contra lo establecido en toda legislación, sería mejor la condición del acusador que la del acusado; entonces el reo, sin culpa suya, estaría temblando siempre bajo el peso de una acusación nunca acabada, y se abriría anchísimo campo a las persecuciones injustas y a la calumnia."

"Por último, debe tenerse en cuenta que todo hombre es reputado inocente mientras no se pruebe de una manera plena, perfecta y legal que es autor de algún delito; por consiguiente, si iniciada una causa criminal contra persona determinada no llegaren a obtenerse datos bastantes para fundar contra él una sentencia condenatoria, deber hay de declararlo inocente, que es el estado en cuya posesión se le encuentra."

En el Congreso Constituyente de 1916, el precepto a estudio se presentó como artículo 23 de proyecto de Constitución de Venustiano Carranza.

En la 29ª Sesión Ordinaria, celebrada la tarde del jueves 4 de enero de 1917, se leyó el siguiente dictamen:

"Ciudadanos diputados:

"El artículo 23 del proyecto de constitución contiene los mismos preceptos del artículo 24 de la de 1857. Condena de procedimientos y prácticas que de hecho ya están abolidos en la República desde hace muchos años; pero la prudencia aconseja conservar la prohibición para evitar que pudieran reproducirse los abusos que dieron origen al citado precepto. En consecuencia, proponemos a esta honorable Asamblea se sirva probar el artículo tal y como aparece en el proyecto original.

"Artículo 23.— Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia."

"Sala de Comisiones del Congreso, Quéretaro de Arteaga, a 3 de enero de 1917, Francisco J. Múgica.— Enrique Recio.— Enrique Colunga.— Alberto Román.— L.G. Monzón."

En la 30ª Sesión celebrada la mañana del viernes 5 de enero de 1917, se dió lectura al dictamen sobre el artículo 23 de Proyecto que, sin discusión, fue aprobado por unanimidad de 143 votos.

Hoy 130 años después de la entrada en vigor de la Constitución de 1857, que abolió la práctica de absolver de la instancia, y 70 años después de que principió a regir la de 1917, que conservó la prohibición para evitar que pudieran reproducirse los abusos que dieron origen al citado precepto, la absolución de la instancia continúa practicándose, tanto en el procedimiento penal federal (arts. 167 y 426, CFPP9 como en el Distrito Federal (arts. 302 y 551, CPPDF) en los casos en que se dicte auto de libertad por falta de elementos para procesar, o bien se resuelva la libertad por desvanecimiento de datos señalados en el auto de formal prisión, para tener al detenido como presunto responsable.

En ambos casos, la resolución judicial no impide que posteriormente, con fundamento en otras pruebas, se proceda de nueva en contra del indicado.

Para resolver este problema, y adecuar la legislación procesal penal a las disposiciones constitucionales, el Anteproyecto de Código de Procedimientos Penales para el Estado de Tabasco, redactado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, dispone que el Juez de oficio o a petición de parte, decretará el sobreseimiento de la causa, el cual surtirá los efectos de una sentencia absolutoria y, una vez ejecutoriado, tendrá valor de cosa juzgada, cuando, transcurridos cuatro meses a partir de la fecha del auto de libertad por falta de elementos para procesar, o del no sujeción a proceso, el Ministerio Público no le ha presentado datos posteriores de prueba; o bien los que le ha presentado no son suficientes para fundar un auto de formal prisión o de sujeción a proceso.”(99)

(99) Ibid Págs. 392, 393, 394, 395 y 396.

Así mismo, en relación con el tema de la absolución de la instancia nos permitimos hacer las siguientes transcripciones:

"Cuando no es posible probar plenamente la responsabilidad del reo, debe absolverse definitivamente y sin restricciones pues lo que no es prueba plena no es realmente prueba: "Sic quod non est plena probatio, pleni nulla est promente prueba." En la práctica se distingue entre la absolución del juicio y la absolución instancia. La primera es una absolución plena y la segunda es una absolución interina, suspendía el juicio y deja al presunto responsable indefinidamente sujeto a nuevas indagaciones, pesquisas, etc.

Gerardo López, glosando las partidas afirma que la ley 26 título 1 de la partida 7 no admite tal absolución y reprueba la práctica de las mismas "Humanac rationis est innotiare non possain us." (100)

"A propósito de los juicios criminales, si ha de ser efectiva la seguridad personal, necesario es sancionar el principio de que las molestias y vejaciones a que da lugar una causa criminal, deben tener un término que consisten precisamente en la sentencia, y para que este término sea definitivo, necesario es que esta constituya absolución ó condenación neta, precisa y terminante."

Esto es lo que ha hecho nuestra legislación constitucional, de modo que conforme a ella, una vez comenzado a juzgar un individuo, este tendrá un derecho incontestable para exigir del juez que siga sin interrupción la secuela de su causa, hasta que se le absuelva ó condene en formal sentencia definitiva.

Ahora puede preguntarse: ¿armoniza con esta prescripción la opinión de que en las causales criminales hay sobresimientos que equivalen a simple suspensión respecto de persona determinada? Y desde luego debe contestarse que no, si se atiende a que la absolución de la instancia prohibida por nuestra legislación constitucional, no es otra cosa que una suspensión de la causa, entretanto llegan a aparecer mejores pruebas contra el acusado.

Este precepto se robustece, teniendo en cuenta que prácticos tan respetable como lo son el Sr. Gregorio López y el maestro Antonio Gómez, opinaron en contra de la absolución tan claros y precisos los principios que entonces regían, como lo son los que después se consignaron en nuestra legislación constitucional.

Este supuesto, puede y debe decirse, que si la ley fundamental del país ha proscrito la absolución de la instancia en cuanto que solo es una suspensión de la causa contra determinada persona, resulta que conforme al espíritu manifiesto de dicha constitución, queda proscrita toda providencia judicial que solo importe suspensión de causa contra persona determinada.

Y aunque en efecto sobreseimiento que no cierran por completo la puerta a la continuación de la secuela de una causa criminal, tales sobreseimientos son aquellos que se decretan porque ni siquiera ha llegado a comprobarse la perpetración efectiva del delito, y antes por lo mismo de que el procedimiento haya llegado a relaciones con personas determinada.

Más una vez comprobado el hecho de haberse perpetrado un delito, y una vez que este haya dado lugar a procedimientos judiciales contra persona determinada, no cabe un sobreseimiento de simple suspensión, porque entonces, como dice un escritor contemporáneo: "contra lo establecido en toda legislación, sería mejor la condición del acusador que toda la del acusado; entonces el reo, sin culpa suya, estaría temblando siempre bajo el peso de una acusación nunca acabada, y se abriría anchísimo campo a las persecuciones injustas y a a calumnia.

Por último, debe tenerse en cuenta que todo hombre es reputado inocente, mientras no se pruebe de una manera plena, perfecta y legal que es autor de algún delito; por consiguiente, si iniciada una causa criminal contra persona determinada no llegasen a obtenerse datos bastantes para fundar contra él una sentencia condenatoria, deber hay que declararlo inocente, que es el estado en cuya posesión se el encuentra.

Por otra parte, necesario es considerar que el sobreseimiento que se decreta en una causa seguida contra persona determinada, procede el efecto jurídico de que la causa en que sobresee no puede perjudicar la reputación y el buen nombre del encausado, como se expresa al formular el sobreseimiento. Y esto, lejos de ser una simple suspensión, es una verdadera absolución que conforme al artículo constitucional cierra la puerta a nuevas pesquitas."(101)

(101) Legislación Comparada, Estudio sobre Garantías Individuales, Isidro Montiel y Duarte. Imprenta del Gobierno en Palacio.

Así las cosas, consideramos indispensable el reformar las disposiciones que limiten tal libertad, ya que de otro modo se seguirá violando la Constitución y se prolongará la práctica de absolver de la instancia, ya que para nosotros tales disposiciones se traducen en eso.

Por otro lado, si bien es cierto existen tratadistas como Rafael Parra Palma, que sostienen que la prohibición de absolver de la instancia sólo se puede dar en sentencia definitiva, nosotros no compartimos ese criterio, pues sostenemos que esta absolución se puede presentar desde el momento en que se ha dado inicio al proceso penal, es decir una vez que se ha dictado el término constitucional, por lo tanto después de esto sólo quedan dos caminos condenar o absolver, pero definitivamente y sin limitación alguna.

Así pues podemos concluir este apartado diciendo que resulta de suma importancia el tratar de evitar que normas secundarias trasgredan las disposiciones que contiene nuestra Constitución como sucede para nosotros en el caso concreto que acabamos de analizar, pero sin embargo, reiteramos que se trata de nuestro modo de pensar y ojalá que personas especializadas y reconocidas en la materia penal y en el amparo se preocupacen de analizar con mayor profundidad y experiencia este tema puesto que nos encontramos con que son muy pocos los que se han preocupado de este caso concreto que nosotros nos atrevemos a calificar como sumamente importante en el desarrollo de un derecho procesal penal mas justo y acorde a la realidad.

## **D) PROCEDENCIA DEL AMPARO EN CONTRA DE LA INTERLOCUTORIA DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS.**

Una vez que hemos afirmado que la sentencia interlocutoria que concede la libertad por desvanecimiento de la presunta responsabilidad es violatoria de la Constitución, ahora corresponde apuntar algo en relación con la posibilidad de impugnar los efectos de la misma a través de un juicio de garantías.

Pues bien, el problema no es tan sencillo como pareciera ser, en una primera reflexión podríamos decir que fundamento en los códigos procesales en materia penal, este tipo de resoluciones tienen, o mejor dicho admiten la impugnación a través del recurso de apelación, tal y como se desprende de la siguiente transcripción que nos permitimos apuntar:

"Artículo 559.— La resolución es apelable en ambos efectos".

"Artículo 367, Fracción V.— Los autos en que se conceda o niegue la libertad provisional bajo caución; los concedan o nieguen la libertad por desvanecimiento de datos, y los que resuelvan algún incidente no especificado."

Ahora bien, debemos decir que si un procesado recurre la interlocutoria en cuestión, a través de una apelación difícilmente podrá atacar la inconstitucionalidad de la ley, y lo más seguro es que la Sala del Tribunal Superior o bien el Tribunal Unitario de Circuito confirmarán la sentencia toda vez que estos Tribunales se encarguen de revisar cuestiones de legalidad, en el caso concreto la ley estará perfectamente aplicada, por lo tanto, nos atrevemos a asegurar que lo más conveniente para lograr un resultado favorable en cuanto a la posible violación constitucional será promover un

juicio de amparo indirecto, dándose la procedencia del amparo contra leyes, tal y como lo establece el artículo 114, fracción I, de la Ley de Amparo que a la letra dice:

"Artículo 114 Fracción I.- Contra leyes federales locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I de artículo 89 Constitucional, reglamentos de leyes locales expedidos por los Gobernadores de los Estados, u otros reglamentos, decretos o acuerdos de observancia general, que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de aplicación, cause perjuicio al quejoso".

Así pues el quejoso tendrá que acudir al amparo y solicitarlo en un Juzgado de Distrito en Materia Penal, toda vez que la competencia en el caso concreto por ser un amparo indirecto y tratarse de un proceso penal, recae sobre este órgano en cita.

En este orden de ideas y atentos a lo que apuntamos al abordar el estudio del amparo contra leyes, debemos decir que se trata de un amparo que va a atacar una ley heteroaplicativa y por lo tanto tendrá un término de 15 días contados a partir de que haya sido legalmente notificada la sentencia interlocutoria para promover dicho juicio.

Una vez tomada la decisión de acudir al amparo debe tomarse la determinación de cuales van a ser los actos reclamados que debe contener, y desde nuestro punto de vista, tales actos serían:

1.- El punto resolutivo de la sentencia interlocutoria que decreta las reservas de ley, es decir, el que condiciona la libertad.

2.- La ley que se tilde de inconstitucional. Previamente al análisis técnico del amparo en el que se podría plantear la inconstitucionalidad de los artículos que establecen la libertad con reservas en el caso del desvanecimiento de datos en materia penal, así como la de suspensión que en este caso adquiere reelevancia singular, procede estudiar las diversas opciones técnicas que pueden presentarse al momento en que se resuelva el incidente respectivo, a saber:

1.- El juez de la causa niega la libertad por desvanecimiento de datos, entonces el procesado debe promover el recurso de apelación.

Si obtiene resolución favorable en la apelación (que ya será definitiva), puede promover el amparo directo contra ella, planteando la inconstitucionalidad de la ley que establece las reservas en la libertad concedida.

Si la resolución de la apelación fuese confirmando la sentencia de la primera instancia, o sea, negando la libertad por desvanecimiento de datos, se encontrará un grave problema técnico, ya que si bien es cierto puede promover el amparo indirecto (toda vez que no es una resolución que le ponga fin al juicio), en este caso tiene que reclamar precisamente la negativa a otorgarle la libertad que solicito, pero sería difícil que además impuganara la ley, puesto que aún no se le ha aplicado y lo más grave es que aún cuando le concedan la protección federal, ya no podrán introducir en revisión el tema de inconstitucionalidad de leyes.

Por otra parte, si desde la demanda de amparo, ad cautelam se intentará plantear la inconstitucionalidad de la norma, el Juez de Distrito bien podría sobreseer por falta de aplicación y falta de perjuicio, pues en el caso de que se trata simplemente no se ha otorgado la libertad.

Ahora bien, no se debe perder de vista que el Juez de Distrito al resolver un amparo actúa como un juzgado de mera constitucionalidad, por tanto, al amparar contra la resolución de primer instancia, tendría que regresar el expediente al Juez de la causa, que procedería a dejar insubsistente la resolución que negó la libertad por desvanecimiento de datos dictando otra en su lugar, concediendo la medida, y aquí es donde tendría que señalar los efectos de la libertad provocándose así el acto de aplicación que daría pie para la impugnación.

Lo anterior, sin que sea obstáculo la improcedencia prevista en el artículo 73, fracción II, de la Ley de Amparo, toda vez que aunque se trate de la ejecución de otra sentencia de amparo el tema de constitucionalidad de leyes nunca fue decidido antes, en vía de juicio de garantías.

2.— El juez de la causa concede la libertad por desvanecimiento de datos con las reservas de ley, contra esa resolución el Ministerio Público apela, si gana la apelación el quejoso podrá promover amparo indirecto contra dicha sentencia, que tendrá el efecto, en caso de otorgarse, de revocar la negativa de libertad y que se dicte otro fallo concediéndola con reservas, generándose en ese momento, la oportunidad de promover un juicio de garantías, ahora contra la ley, para eliminar las reservas.

Si el Ministerio Público pierde la apelación, quedará confirmada la resolución de primer instancia, que otorgo la libertad por desvanecimiento de datos con reservas, lo cual sería suficiente para impugnarla en amparo atacando la ley.

En algunos casos de los anteriores el procesado—quejoso, corre con el riesgo de que por la dinámica procesal pudiera dictarse en la secuela de la causa una resolución o sentencia que hiciera cambiar la situación jurídica, lo cual provocaría la improcedencia del amparo, por ello más adelante expresamos algunas ideas sobre la operatividad de la suspensión para impedir que se genere la improcedencia.

Como es sabido, en los juicios de garantías existen dos tipos de suspensiones, una de ellas es la que se encuentra regulada por el artículo 123 de la Ley de Amparo y se le denomina suspensión de oficio, es decir que el quejoso no tiene la obligación de solicitarla, sino que ésta se da cuando los actos reclamados importen peligro de privación de la vida, deportación, destierro, cuando se trate de alguno de los prohibidos por el artículo 22 constitucional o cuando de llegar a consumarse dicho acto se volviera físicamente imposible restituir al quejoso en el uso de la garantía individual reclamada.

Fuera de estos casos, la suspensión deberá ser solicitada por el quejoso en atención a lo que dispone el artículo 124 de la Ley de Amparo.

En los casos concretos planteados en este apartado tendríamos que solicitar la suspensión en términos del artículo 124 del ordenamiento legal invocando relacionando esta disposición con el artículo 138 y 73 fracción X, de la propia Ley de Amparo es decir, solicitando que se suspenda la dición de la sentencia definitiva por el Juez de la

causa para el efecto de que no se fuera a dar un cambio de situación jurídica que actualizará una de los causales de improcedencia del juicio de amparo que traería como consecuencia el sobreseimiento del mismo.

Debemos aclarar que el planteamiento de este tipo de suspensión, es algo poco usual en la práctica y nosotros lo adoptamos del Licenciado Roberto Terrazas Salgado, que sostiene la procedencia de la misma y ha sustentado esta postura tanto en la cátedra como fuera de ella, nosotros estamos de acuerdo con sus tesis y la creemos aplicable para el caso que nos ocupa, en virtud de que si durante la tramitación de nuestro amparo indirecto se dictará una sentencia definitiva por el Juez de la causa, en la cual se pusiera fin al juicio, esto afectaría directamente a nuestro actos reclamados, dándose un cambio de situación jurídica que conllevaría el sobreseimiento del Juicio de garantías, por esto creemos importante solicitar la suspensión en los términos propuestos, apegándonos al artículo 138 de la Ley de Amparo relacionándolo con el 73 fracción X, y cumpliendo con los requisitos del 124, artículos estos que a mayor abundamiento se apuntan:

Artículo 124.- Fuera de los casos a que se refiere el artículo anterior, la suspensión se decretará cuando ocurran los requisitos siguientes:

I.- Que lo solicite el agraviado

II.- Que no siga perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público.

Se considerará, entre otros casos, que si se siguen esos perjuicios o se realizan esas controversias, cuando de concederse la suspensión se continúe el funcionamiento de centros de vicio, de leonocinios, la producción y el comercio de drogas enervantes; se permita la consumación o continuación de delitos o de sus efectos, o el alza de precios con relación a artículos de primera necesidad o bien de consumo necesario; se impida la ejecución de medidas para combatir epidemias de carácter grave, el peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, o la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenan al individuo o degeneran la raza; o se permite el incumplimiento de las órdenes militares;

III.- Que sean de difícil reparación los daños y perjuicios que se causen al agraviado con la ejecución del acto.

El Juez de Distrito, al conceder la suspensión procurará fijar la situación en que habrán de quedar las cosas y tomará las medidas pertinentes para conservar la materia del amparo hasta la terminación del juicio.

Artículo 138.- En los casos en que la suspensión sea procedente, se considerará en forma tal que no impida la continuación del procedimiento en el asunto que haya motivado el acto reclamado, hasta dictarse resolución firme en él; a no ser que la continuación de dicho procedimiento deje irreparablemente consumado el daño o perjuicio que pueda ocasionarse al quejoso.

Artículo 73 fracción X.- El juicio de amparo es improcedente:

X.— Contra actos emanados de un procedimiento judicial, o de un administrativo seguido en forma de juicio, cuando por virtud del cambio de situación jurídica en el mismo deban considerarse consumadas irreparablemente las violaciones reclamadas en el procedimiento respectivo, por no poder decidirse en tal procedimiento sin afectar la nueva situación jurídica.

En relación con este tema nos permitimos transcribir las ideas del Licenciado Roberto Terrazas:

"Tomando en cuenta lo expuesto, siempre que se promueva un amparo indirecto en contra de un acto dentro del juicio ordinario que sea de imposible reparación, deberá solicitarse la suspensión de los efectos o consecuencias del mismo, debiéndose conceder la medida para el efecto de que se continúe el procedimiento pero no se dicte sentencia definitiva; no es posible en estos casos impedir la substanciación procedimental, ya que ésta no consuma de manera irreparable las violaciones alegadas en el Juicio de Amparo, pero se debe evitar que se dicte sentencia definitiva que sí provocaría en caso de emitirse, el cambio de situación jurídica del quejoso, volviendo improcedente el Juicio Constitucional, de conformidad con la fracción X del artículo 73 de la Ley de Amparo, debiéndose sobreseer el Juicio de Garantías.

Siempre que se intenta la acción constitucional contra actos dentro de un juicio ordinario, de imposible reparación en el mismo juicio; estamos en presencia de actos que de consumarse producirían perjuicios de imposible reparación jurídica al quejoso y si bien es cierto que la suspensión debe pedirse, su pena de no ser otorgada; también es cierto que siempre que en esta suspensión se solicite, deberá concederse para el efecto de que continúe el procedimiento, pero que no se dicte sentencia definitiva, pues de acuerdo con la tesis inserta, la sentencia definitiva cambiaría la situación jurídica del quejoso y convertiría en improcedente el amparo en trámite contra actos dentro del juicio.

Lo anterior se confirma, si tomamos en cuenta que incluso cuando en el transcurso de un procedimiento ordinario se promueven varias apelaciones intermedias y al final otra apelación contra la sentencia definitiva, el tribunal de segunda instancia debe resolver primero las apelaciones intermedias y después la promovida contra la sentencia definitiva para producir un fallo congruente.

Al igual en el juicio de amparo, primero se deben resolver los Juicios de Garantías promovidos contra actos dentro del Juicio Ordinario, y después el Amparo Directo en contra de la Sentencia Definitiva, lo que solamente se logrará solicitándose la suspensión en los amparos indirectos, para el efecto de que se continúe el procedimiento pero no se dicte sentencia de fondo, entretanto se resuelve el Juicio Constitucional promovido contra los actos dentro del juicio.

Así, interpretando de una manera armónica los artículos 138, 123, 124, 73, fracciones IX y X, 114, fracción IV, 159 y 160 de la ley de amparo, y la tesis citada, se concluye, que la improcedencia por cambio de situación jurídica del quejoso en los juicios de amparo indirectos promovidos contra actos dentro de un juicio ordinario de imposible reparación en el mismo juicio, se puede evitar mediante la figura de la suspensión, impidiendo que se dicte sentencia definitiva; lo que demuestra la armonía técnica con que está elaborada la ley de amparo.

Se debe puntualizar que lo que se debe de suspender, es aquello que cambie la situación jurídica del quejoso, lo que según la tesis del Magistrado Gongora Pimentel, es la dicción de la sentencia definitiva pero no la tramitación del procedimiento; sin embargo, si de lo que se trata es de que no cambie la situación jurídica del quejoso,

para que no se actualice la causa de improcedencia prevista en la fracción X del artículo 73 de la ley de amparo, ya que si se hace tal cambio, se deben tener como consumados de un modo irreparable los actos reclamados en el amparo, entonces, lo que debe suspenderse es aquello que cambie la situación jurídica, no únicamente el procedimiento de la sentencia definitiva, como es el caso hasta ahora considerado; de esta manera, cuando se conceda la suspensión contra una orden de aprehensión, deberá ser para el efecto, entre otros, de que no se dicte el auto de formal prisión; y cuando el acto reclamado en el amparo lo fuera el auto de formal prisión, entonces la suspensión debe tener por efecto, entre otros, que no se dicte sentencia definitiva, pues de lo contrario, cambiaría la situación jurídica del quejoso y el reclamado se tendría como consumado de un modo irreparable, lo que haría improcedente el amparo en trámite".(102)

Así pues no nos resta mas que encaminar nuestros deseos para que en un futuro este tipo de problemas constitucionales sean estudiados por las autoridades competentes refiriéndonos especialmente a la materia penal.

Por último debe indicarse que las autoridades responsables en el amparo contra las leyes de procedimiento que se comentan son: quienes hayan intervenido en la expedición de la norma y en sus actos aplicativos, salvo tratándose de amparo directo, ya que ahí basta con señalar al tribunal que dicto la sentencia impugnada o el auto que ponga fin al procedimiento.

(102) Terrazas Salgado Roberto. La Improcedencia del Juicio de Amparo por Cambio de Situación Jurídica del Quejoso y la Suspensión del Procedimiento Ordinario, Editorial Circulo de Santa Margarita, pags. 19 y 11.

## CONCLUSIONES

1.- En primer término podemos decir que del presente estudio se desprende que una de las figuras jurídicas más importantes dentro de un régimen que se denomina de derecho como el nuestro, se encuentra en las garantías individuales; estas tienen como fuente a la propia Constitución y se encuentran formadas por derecho público subjetivo a favor del gobernado y una obligación correlativa a cargo de la autoridad, que se traduce en respetar ese derecho público subjetivo, así mismo podemos concluir que el medio más efectivo para hacer valer las garantías individuales y llevar a cabo el control constitucional, se encuentra en el juicio de amparo, en sus formas directa e indirecta.

2.- En el primer capítulo hemos podido aplicar la importancia que revisten las garantías individuales enfocándonos primordialmente en lo que respecta a la materia penal.

Así pues en el recorrido realizado a través de las garantías pasamos por la de igualdad de las personas frente a la Ley y la prohibición de que existan tribunales especiales, garantías éstas, que rompieron con viejas costumbres practicadas en el México Independiente; en el análisis del artículo 14 Constitucional y concretamente en relación con la irretroactividad de la Ley pudimos observar el mecanismo de esta, y dijimos que uno de los puntos fundamentales de dicha garantía lo viene a constituir el requisito de que al aplicarse la ley retroactivamente cause un perjuicio al gobernado, dejando de manifiesto que en caso contrario, es decir cuando hay ausencia de perjuicio, no se viola la garantía citada, y pensamos que donde mayor relevancia puede tener ésta es en la materia penal.

Así también dentro del mencionado artículo encontramos otras garantías como lo son la de audiencia y la de legalidad en Materia Judicial Penal.

En este orden llegamos al estudio del artículo 16 de la Constitución, que junto con el 14 forman a nuestro juicio el pilar de la defensa contra los actos de las autoridades en dicho artículo se contienen varias garantías como lo son la de legalidad, y una muy importante que consisten en que las órdenes de aprehensión sólo pueden ser dictadas por una autoridad judicial.

Pues bien, con el objeto de no romper con la etimología de la palabra "conclusiones", solo diremos que nuestra Constitución contiene todo un sistema jurídico de garantías que se armonizan y conjugan para tratar de proteger la vida y la libertad de las personas, entre otros valores jurídicos; esa serie de garantías las hemos podido analizar en el desarrollo de este estudio y después de este breve análisis sólo nos restaría decir que es a los abogados a los que nos corresponde el procurar que dichas garantías sean respetadas y como consecuencia lograr la exacta observancia a la propia Constitución.

3.— En el capítulo dos pudimos observar las etapas en las cuales se desarrolla el procedimiento penal en México, dejando clara la diferencia que existe entre proceso y procedimiento penal.

Así mismo, dejamos sentado que una de la fases mas trascendentes dentro de este tipo de procedimiento, se encuentra en la etapa de averiguación previa, en la cual el Ministerio Público actua como autoridad a diferencia del proceso en el que va a tener el carácter de parte. No podemos restarle importancia a la etapa probatoria que se rige por el sistema probatoria la que dijimos se rige por el sistema de libertad probatoria:

Se pone de manifiesto la gran similitud que guardan el procedimiento penal del fuero común y el del fuero federal, dejando asentadas algunas diferencias que se presentan.

Por último en el segundo capítulo hablamos del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, mismo que se presenta en los dos ámbitos competenciales, encontrado al igual que en el caso anterior una gran semejanza en la regulación de este tipo de incidente en los dos códigos procesales, tanto en los supuestos de procedencia como en su tramitación, presentando pequeñas pero importantes diferencias, como por ejemplo: Al recurrir la interlocutoria dictada en este tipo de incidentes se puede continuar el procedimiento, pero no se puede dictar sentencia de primera instancia en el principal, hasta que no sea resuelto el recurso de apelación en el incidente, (regulación en el código procesal federal).

4.- En el tercer capítulo abordamos el tema del amparo contra leyes, marcando en primer término la diferencia que existe entre las leyes autoaplicativas y las heteroaplicativas, resaltando la importancia que tiene esta diferencia para establecer los supuestos que hacen procedente el juicio de amparo. Se dejó de manifiesto lo complejo y técnico que resulta el juicio de amparo, así como la gran importancia que reviste, dado que en el amparo contra leyes se van a alcanzar los efectos derogatorios de la Ley, para el quejoso que lo promueva y lo obtenga.

Finalmente fueron apuntadas algunas diferencias que se presentan en el juicio de garantías cuando se trata de restricción a la libertad personal, tales como la excepción al principio de definitividad, el hecho de poder ofrecer la prueba testimonial en el incidente de suspensión de la propia ejecución de la sentencia.

5.- En el último capítulo del presente estudio fue planteado el tema que dió origen al mismo, señalando la inconstitucionalidad de los artículos 551 y 426 de los códigos de procedimientos penales tanto en el Distrito como el Federal, concluyendo que dichos ordenamientos violan la garantía contenida en el artículo 23 Constitucional que prohíbe la práctica de absolver de la instancia, razón por la cuál tratamos de demostrar que la libertad por desvanecimiento de datos en relación con la presunta responsabilidad es una libertad relativa que se traduce en una práctica de absolución de la instancia, toda vez que deja expedita la posibilidad de que el Ministerio Público solicite nuevamente aprehensión del antes procesado, violando flagrantemente el mandato constitucional.

Así mismo en este capítulo concluimos que la única forma de combatir este tipo de absolución es a través de un amparo contra leyes, se planteó la problemática técnica que trae aparejada la interposición y promoción de este tipo de juicio, partiendo de la negativa o concesión de la libertad a través de la interlocutoria que resuelve el incidente de libertad por desvanecimiento de datos.

Si el Juez de la causa niega la libertad, el procesado interpone recurso de apelación niega la libertad, una vez que obtiene resolución favorable, promoverá un amparo directo contra la sentencia definitiva, planteando la inconstitucionalidad de la ley por contrariar el artículo 23 de la Constitución que prohíbe la absolución de la instancia.

Para el caso de que el tribunal de alzada confirmará la sentencia del Aquo, el quejoso promoverá un juicio de amparo indirecto, buscando la protección federal para dejar insubsistente la negativa de libertad, por lo que el juez de la causa tendrá que dictar una nueva resolución otorgando dicha libertad con las reservas que mandan los códigos penales, y será en ese momento que el quejoso contará con el acto de aplicación para promover un amparo contra leyes.

Ahora bien, en otro orden de supuestos que parten de que el juez de la causa conceda en su interlocutoria la libertad por desvanecimiento de datos y el Ministerio Público apele y gane dicho recurso, el procesado podrá promover un amparo indirecto buscando la protección federal, para que se dicte una nueva resolución por el juez de la causa y también en este caso se da el acto de aplicación y puede promoverse un amparo contra leyes.

Para el caso de que el Ministerio Público perdiera en apelación, quedaría confirmada la sentencia de primera instancia con lo cual está podría impugnarse a través de un amparo directo.

Ahora bien por lo que respecta a la suspensión que apuntamos en el último capítulo, es decir a la posibilidad de que al tramitar el juicio de amparo se pida una suspensión, que en este caso sería un proceso, debemos precisar cuales serían las posibilidades técnicas para plantearla y posiblemente obtenerla.

Primeramente se tiene que establecer que hay dos supuestos en los que pensamos puede ser procedente la solicitud de la suspensión, los cuales son:

a).- Que el juez de primera instancia niegue la libertad por desvanecimiento de datos, contra tal resolución el procesado podrá interponer el recurso de apelación, suponiendo que al resolverse dicho recurso se confirme la negativa de la libertad, en contra de tal resolución el ahora apelante podrá promover un juicio de amparo indirecto y en este momento es cuando estimamos conveniente solicitar la suspensión, con fundamento en el artículo 138, relacionado con el 73, fracción X, ambos de la ley de amparo, ya que de lo contrario se correría el riesgo de que en el inter de la tramitación del juicio de amparo, el juez de la causa dictará sentencia y por lo tanto nuestro amparo se volvería improcedente dado que se actualizaría la causal del artículo 73, fracción X, de la ley de la materia.

b).- Que el juez de la causa conceda la libertad, y en contra de tal resolución el Ministerio Público interponga el recurso de apelación, y la superioridad revoque la interlocutoria de primera instancia, en tal caso el procesado tendrá que promover un juicio de amparo indirecto presentándose entoces la necesidad de solicitar una suspensión igual que en el caso anterior.

Vimos que el fundamento para solicitar tal suspensión nos lo da el artículo 138, de la Ley de Amparo en la parte que señala: "a no ser que la continuación de dicho procedimiento deje irreparablemente consumado el daño o perjuicio que puede ocasionarse al quejoso". Creemos que en los supuestos planteados se actualiza tal excepción para que se conceda la suspensión provisional que por regla general es negada cuando se trata de impedir la continuación de un procedimiento, con fundamento en la primera parte del propio numeral invocado.

Con esto consideramos planteada la problemática y expuesta una posible solución.

## BIBLIOGRAFIA

Arilla Bas, Fernando: El Procedimiento Penal en México; Editorial Cratos.

Briseño Sierra, Humberto: "El Artículo 16 de la Constitución Mexicana"; Editorial UNAM, 1967.

Burgoa Orihuela, Ignacio: El Juicio de Amparo; Editorial Porrúa.

Burgoa Orihuela, Ignacio: Las Garantías Individuales; Editorial Porrúa, Décimo Novena Edición., México.

Castro V., Juventino: Garantías y Amparo; Editorial Porrúa., México, 1989.

Cruz Burguete, Carlos: Manual del Juicio de Amparo; Editorial Themis.

Cruz Morales, Carlos A.: "Los Artículos 14 y 16 Constitucionales"; Editorial Porrúa.

Durán Gómez, Ignacio: Código Federal de Procedimientos Penales Anotado; Cárdenas Editor y Distribuidor.

Escrache, Joaquín: Diccionario de Legislación y Jurisprudencia, Cárdenas Editor., Madrid.

Fix Zamudio, Hector: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Editorial UNAM.

Flores Vilchis, Othon: "Anuario Jurídico XII"; Editorial UNAM, 1985.

García Domínguez Miguel Angel: "Los Delitos Especiales Federales"; Editorial Trillas., México, 1988.

García Ramírez Sergio y Adato de Ibarra Victoria: Prontuario del Proceso Penal Mexicano; Editorial Porrúa.

Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Selecciones del Reader's Digest; Editorial Selecciones del Reader's Digest.

González Blanco, Alberto: El Procedimiento Penal Mexicano; Editorial Porrúa.

Legislación Comparada, Estudio sobre Garantías Individuales; Isidro Montel y Duarte; Imprenta del Gobierno en Palacio.

Muñoz Luis, Comentarios a las Constituciones Políticas de Ibero America, Editorial Herrero México.

Noriega Cantú Alfonso, Lecciones de Amparo, Editorial Porrúa.

Pallares Eduardo, Diccionario del Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa.

Real Academia Española, Diccionario de Lengua Española, Espasa Calpe.

Rivera Silva Manuel, El Procedimiento Penal, Editorial Porrúa.

Terrazas Salgado, Roberto. La Improcedencia del Juicio de Amparo por Cambio de Situación Jurídica del Quejoso y la Suspensión del Procedimiento Ordinario, Editorial Círculo de Santa Margarita.

Vela Treviño, Sergio: La Prescripción en Materia Penal, Editorial Trillas, México, 1985.

Zamora Pierce, Jesús: Garantías y Proceso Penal, Editorial Porrúa, México, 1988.