



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

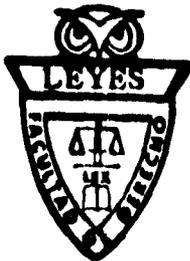
352
rej
4/12
1996

FACULTAD DE DERECHO

EL AUTO DE FORMAL PRISION
SU NATURALEZA, ALCANCE Y EFECTOS
ACTUALES.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A,
IVAN DEL LLANO GRANADOS



DIRECTOR DE TESIS:

LIC.

JOSÉ DE
FACULTAD DE DERECHO
HERNÁNDEZ

ACERO

MEXICO, D. F.



1996



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mi **ALMA MATER** la Universidad
Nacional Autónoma de México,
institución de mi máxima
admiración y respeto.

A los maestros de la Facultad
de Derecho, por sus
conocimientos y experiencias
que me llevaron a apreciar la
digna profesión de abogado.

A mi asesor **LIC. JOSE HERNANDEZ
ACERO**, por sus acertadas
opiniones y consejos que me
ayudaron a concluir el presente
trabajo.

A mis padres:

HUMBERTO DEL LLANO IBÁÑEZ y
MA. IRMA ISABEL GRANADOS DE DEL LLANO
por haberme enseñado que el fracaso
no existe, mientras sea más fuerte la
determinación por alcanzar el éxito.

A mis hermanos **LUIS, ALEJANDRO,**
ULISES y **VANIA** por todo su amor,
comprensión y apoyo que me han
brindado para seguir adelante.

Al LIC. VICTOR R. VARELA ALMANZA,
por su impulso, dedicación y
el enseñarme que en la vida no
hay que tener miedo cuando se
lucha por algo que es justo.

A mis amigos **ROBERTO, JORGE** y **LEONCIO**
por su amistad, compañía y con quien
he compartido éxitos y fracasos.

A LETICIA CRAVIOTO RUELAS
quien se ha convertido en mi
por qué, para seguir luchando
en la vida.

A DIOS por darme la oportunidad
de cumplir una de mis máximas
metas en la vida.

**EL AUTO DE FORMAL PRISION
SU NATURALEZA, ALCANCE Y EFECTOS ACTUALES**

INTRODUCCION I

CAPITULO I

I.- ¿Qué es un auto de formal prisión? 1

I.1.- Elementos del tipo penal 10

I.2.- Presunta, posible y probable responsabilidad 37

**I.3.- Partes del auto de forma prisión (requisitos de fondo y
 forma) 49**

I.4.- El auto de sujeción a proceso 59

CAPITULO II

II.- Consecuencias del auto de formal prisión 63

II.1.- Artículo 19 Constitucional 63

II.2.- La restricción de la libertad personal 70

II.3.- La libertad provisional 74

CAPITULO III

III.- Las formas de impugnación del auto de formal prisión 83

III.1.- La apelación (agravios) 85

III.2.- El juicio de amparo indirecto (conceptos de violación) .	92
III.3.- El recurso de revisión (procedencia y fundamentación) .	98

CAPITULO IV

IV.- El incidente de libertad por desvanecimiento de datos	102
--	-----

CAPITULO V

V.- La jurisprudencia	115
Conclusiones	127
Bibliografía	130

I N T R O D U C C I O N

La Constitución exige en su artículo 19 que ninguna detención ante una autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, sin que se justifique con un auto de formal prisión. Sin embargo, en el transcurso de mi corta experiencia en los juzgados penales, me he dado cuenta que el personal de los juzgados, inclusive en una hora realizan la resolución de que se viene hablando, ya sea por exceso de trabajo o simplemente por falta de capacidad, y en esas condiciones emiten el auto de manera precipitada, sin analizar correctamente las pruebas y mucho menos valorarlas. Y en virtud que el auto de formal prisión es la primera resolución que dicta el juez dentro del proceso penal, que conlleva y determina la prisión preventiva de un inculcado, con las graves consecuencias que ocasiona en el orden social, moral, familiar y económico, pienso que nuestros juzgadores penales deben otorgarle la importancia que impone la Constitución y dictar el auto de formal procesamiento con estricto apego a derecho. Solo de esta forma se puede cumplir con la garantía de seguridad jurídica a que tenemos derecho los gobernados.

Es por lo anterior que decidí conocer el tema del auto de formal prisión a través de una investigación que me ha llevado a la elaboración del trabajo que hoy presento, el cual no tiene más mérito que ser el producto de una práctica constante, más que de una indagación en empolvados infolios. Está hecho para ser empleado por quien quiera saber qué es el auto de formal prisión aquí y ahora.

En la presente tesis se abordan la naturaleza jurídica, los

requisitos y efectos del auto de formal prisión, visto a través del prisma de las últimas reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas el día 3 de septiembre de 1993, y a los Códigos Procesales Penales tanto del Distrito Federal cuanto del Federal, reformados el día 10 de enero de 1994, que implicaron uno de los cambios más radicales a nuestro procedimiento penal. Es necesario señalar que a partir de las reformas se dió aceptación a las modernas teorías del delito que tienen implícita relación con el derecho procesal penal, en concreto la teoría finalista, que es la tendencia que actualmente tienen nuestro Código Penal y de Procedimientos Penales.

Como se verá, el auto de formal prisión por ser una resolución constitucional, en virtud de estar establecida en el artículo 19 del Pacto Federal, exige que se acrediten plenamente los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, entendiéndose esta última como aquélla que se pueda probar y no simplemente presumir.

De acuerdo con lo anterior, se aborda el estudio de los elementos del tipo penal, que vinieron a desplazar el viejo concepto del "cuerpo del delito", y en consecuencia dando fin a la polémica de la definición del "corpus delicti", toda vez que ahora se encuentran claramente especificados los elementos del tipo penal en nuestros Códigos Procesales Penales.

Respecto a los requisitos del auto de formal prisión, se explica la importancia de incluir en ellos a las calificativas del delito por el cual se va a seguir el proceso, pues de no incluirlas, implica violación a las garantías individuales del gobernado, en virtud de privarlo de

derecho de presentar pruebas que le beneficien y de rebatir las del ministerio público, amén de que también se le ocultan circunstancias relevantes de la averiguación previa que después el juzgador al momento de emitir su sentencia, toma en consideración para condenarlo.

En lo que se refiere a la libertad provisional, se analizan los requisitos para concederla, el error de nuestros jueces de limitarse a otorgarla teniendo únicamente como fundamento la clasificación de los delitos "graves", sin tener en cuenta las circunstancias de ejecución del hecho delictuoso. Puesto que el hecho es un concepto particular, concreto y temporal, que se integra con elementos fácticos adecuados a un tipo, y un específico grado de culpabilidad determinado por el ejercicio de la libertad y los reductores de éste. En cambio, el tipo por ser un concepto del derecho penal debe cumplir con las propiedades asignadas a la norma, o sea generalidad, abstracción y permanencia.

Por último, se consideró conveniente abordar el estudio de los medios de impugnación del auto de formal prisión, que son: la apelación, el juicio de amparo indirecto y el incidente de libertad por desvanecimiento de datos. Se realizó un análisis de su procedencia y fundamentación, así como sus ventajas y desventajas al tramitarlos.

I.- ¿QUE ES UN AUTO DE FORMAL PRISION?

ANTECEDENTES

Una de las más graves preocupaciones de los primeros constituyentes del México independiente fué la de establecer normas que impidieran los abusos de poder por las autoridades, pues con frecuencia se detenía indefinidamente a los acusados de algún delito, sin justificación legal.
(1)

La Constitución de 1824 ordenaba que ninguna detención podría exceder del término de 60 horas y en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, del 15 de mayo de 1856, alcanzó por primera vez rango constitucional la expresión "cuerpo del delito" que al respecto establecía:

"ARTICULO 44.- La autoridad judicial no puede detener a ningún acusado por más de cinco días, sin dictar el auto motivado de prisión, del que se dará copia al reo y a su custodio, y para el cual se requiere: que esté averiguado el cuerpo del delito; que haya datos suficientes, según las leyes para creer que el detenido es el responsable, y que se le haya tomado declaración preparatoria, impuesto de la causa de su prisión y de quien es su acusador, si lo hubiere". (2)

Y aún cuando la incompleta vigencia territorial del Estatuto y la negativa implícita de los constituyentes de 1856 al incluir el concepto en la entonces próxima Constitución, hayan disminuido la importancia del

(1) Rabasa, Emilio O. y Caballero, Gloria. "Mexicano: ésta es tu Constitución". Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, 1994, p.80.

(2) "Derechos del Pueblo Mexicano". Tomo IV. n.e. p.187.

artículo transcrito, lo cierto es que en él se aprecian ya con nitidez las exigencias probatorias bases de nuestro moderno artículo 19: certeza para los elementos del tipo y al menos duda positiva para la responsabilidad.

Directo antecedente del artículo 19 es el que con igual número figuró en el Proyecto de Reformas Constitucionales, de la Secretaría de Justicia, de 1916:

"Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto motivado de prisión que tendrá como base, la comprobación del cuerpo del delito, el indicio, cuando menos de culpabilidad del acusado y los demás requisitos que establezca la Ley...".

El proyecto, en su conjunto, nunca pasó de mero bosquejo; pero en lo que al cuerpo del delito se refiere como acertadamente lo señala el maestro Eduardo Herrera y Lasso (3), su importancia es decisiva porque nos da clave y autor.

Autor lo fue el abogado Fernando Lizardi, quien poco después llegaría a constituyente. En cuanto al contenido en la discusión lo objetó don José Diego Fernández, miembro de la comisión, quien no consideraba "requisito indispensable para el auto de formal prisión la comprobación del cuerpo del delito, puesto que (creía) que sospechas vehementes (bastaban) para fundarla...".

A esto replicó Lizardi:

(3) Herrera y Lasso, Eduardo, "Garantías Constitucionales en Materia Penal", INACIPE, México, 1979, pp.39-40.

"... que es un principio aceptado por toda la teoría, en toda la Jurisprudencia de Derecho Penal, que no se puede proceder ni siquiera a la detención, ni menos a la formal prisión de un individuo, mientras no esté comprobada la existencia de un hecho delictuoso, y comprobar la existencia de un hecho delictuoso es comprobar el cuerpo del delito. Que en tal virtud insiste en su anteproyecto".

Aprobado por cuatro votos contra uno, pasó transitoriamente al olvido para ser incluido poco después, sin variación sustancial, en el Proyecto de Constitución presentado por el Primer Jefe. Sometido a votación en la sesión del 29 de diciembre de 1916, fue aprobado por unanimidad de 165 votos. (4)

Después del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 03 de septiembre de 1993, el artículo 19 Constitucional fue modificado para quedar como sigue:

"Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste ...". (5)

Del presente precepto constitucional el maestro Eduardo Herrera y Lasso opina lo siguiente: "Claramente se advierte en la disposición su

(4) Idem. p.40.

(5) Modificado por última vez según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 03 de septiembre de 1993.

carácter de "garantía"; esto es, derecho a la libertad en el individuo y prohibición correlativa al juez -que es el poder público- de restringir aquélla si no acredita plenamente el tipo y el cuerpo del delito; y suficientemente (o sea, al menos con duda positiva), la responsabilidad del acusado.

Normalmente la tarea es imposible de cumplir en tan breve plazo, a menos que se entienda la actividad a realizar por el juez durante los tres días que la Constitución le concede para determinar la situación jurídica provisional del acusado, como continuación natural de lo ya hecho por él al dictar en su caso la orden de aprehensión. Más claramente: si el juez no verificó la existencia de los elementos del tipo penal, setenta y dos horas improrrogables y perentorias no le bastarán para hacerlo, salvo casos excepcionales de confesión idónea.

De otra suerte la Constitución se acataría en su letra, pero la garantía de libertad y la verdad histórica desaparecerían en el formalismo de una resolución precipitada.

Para confirmar la necesidad de esta interpretación, basta examinar en detalle los requisitos que debe reunir tal auto:

Como toda resolución judicial, el auto de formal prisión debe expresar una relación de correspondencia entre los hechos y el derecho aplicable. Entraña, pues, un juicio de tipicidad cuyos antecedentes necesarios son la verdad de ese Derecho y la verdad de tales hechos.

La verdad del derecho radica en la existencia del tipo legal y en la

correcta interpretación de sus elementos. Si el tipo no existe o carece de precisión, la adecuación será imposible. Se trata por tanto, de un requisito necesario y absoluto.

La verdad de todos los hechos debe darse también absolutamente, hasta producir certeza, de una resolución definitiva (sentencia), puesto que su comprobación ha sido posible a través de las etapas procesales de Averiguación, Instrucción y Juicio. Por el contrario, en las resoluciones provisionales (orden de aprehensión y auto de formal prisión), hay que distinguir entre hechos que deben darse con verdad absoluta y aquellos que solo precisan de una apariencia razonable de verdad.

En el auto de formal prisión se exige la verdad plena de los elementos que integran "el tipo penal" y sólo la verosimilitud de los elementos que hacen probable la responsabilidad del detenido.

Las razones son evidentes: los "elementos del tipo penal" están integrados -según adelante se explicá- por hechos y circunstancias que, como tales, exigen la comprobación plena y directa. En cambio, la responsabilidad probable es un juicio lógico de atribución provisional que admite ser formulado cuando hay indicios, no desvirtuados, que permitan considerarla como verosímil; de ahí que la Corte la denomine responsabilidad "probable". (6)

Ahora bien, para tener un concepto del auto de formal prisión -nos dice el maestro Javier Piña y Palacios- (7) hay que acudir al significado mismo de las palabras que lo designan.

(6) Herrera y Lasso, Eduardo. Ob. cit. pp.31-33.

(7) Piña y Palacios, Javier. "Derecho Procesal Penal". (Apuntes para un Texto y Notas Sobre Anuario Penal). Ed. Talleres Gráficos de la Penitenciaría del Distrito Federal, México. 1948. p. 135.

Formal: indica la existencia de requisitos o de determinadas condiciones de forma.

Prisión: en su más amplia acepción, es privación de la libertad.

Auto: significa determinación o resolución judicial.

Habiéndose ya establecido el significado jurídico de los términos auto, formal y prisión, podemos definir al auto de formal prisión diciendo: "que es la determinación de la autoridad judicial por medio de la cual, al hacerse en ella el análisis de las pruebas con respecto a la existencia del delito y de la probable responsabilidad, se dan por establecidas las formalidades mediante las cuales se prolonga la privación de libertad del agente, fijándose la base del proceso que debe seguirse". (8)

Por otra parte, siendo la naturaleza del auto de formal prisión una resolución de una autoridad judicial, para ser dictado conforme a derecho es necesario que se cumplan tanto los requisitos señalados por el artículo 19 Constitucional cuanto lo establecido por los artículos 14 y 16 del Pacto Federal, que en la especie es que dicho auto se encuentre debidamente fundado y motivado en estricto apego a la legalidad.

Este criterio es sostenido por nuestros más altos tribunales en la siguiente jurisprudencia:

"AUTO DE FORMAL PRISION, EN EL PUEDEN VIOLARSE GARANTIAS TUTELADAS EN ARTICULOS CONSTITUCIONALES DISTINTOS AL 19 CONSTITUCIONAL.- La

(8) Idem. p.135.

circunstancia específica de que el artículo 19 constitucional sea el que regule los requisitos a satisfacer para el dictado de una formal prisión, no pueden llevar al absurdo jurídico de considerar que sólo este precepto rige el formal procesamiento, ya que evidentemente también deben verse en su caso, si dicho auto no infringe garantía constitucional contenida en diverso precepto, dado que podría darse el caso que en el mismo se aplicara una ley retroactivamente en perjuicio del quejoso, fuera librado sin cumplir las formalidades esenciales del procedimiento, conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; también podría darse el caso que en el hecho estuviese involucrada una persona perteneciente al Ejército o que no estuviera fundado o motivado dicho auto, así como muchas otras hipótesis que pudieran formularse respecto a la posible violación de garantías constitucionales contenidas en preceptos diversos al 19 Constitucional, luego entonces resulta limitativo y equívoco concluir que para el dictado de una formal prisión, sólo debe de cumplirse lo establecido en el mencionado artículo 19 constitucional y por ende que su emisión no puede ser violatoria de los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos." (9)

En este sentido, el artículo 16 de la Constitución exige, para todo acto de molestia a las personas, un mandamiento escrito de la autoridad competente, debidamente fundado y motivado. El requisito de competencia -nos dice el precitado maestro Herrera y Lasso- (10), se reduce a que la autoridad actúe dentro de las facultades, limitadas por expresas, que la Constitución le otorga dentro del régimen federal y de acuerdo con el principio de División de Poderes, con sus respectivas excepciones. La fundamentación radica en la obligación de invocar el derecho dentro del cual pueda quedar comprendido el caso concreto. La operación de encuadrar

(9) Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Amparo en Revisión, 257/93, Enrique Sámano Revueltas, 30 de agosto de 1993, Unanimidad de votos, Ponente: Elvia Díaz de León. 8a Época. Tomo XII, p.530.

(10) Ob. cit. p.11.

este caso concreto a aquellas disposiciones abstractas, es precisamente lo que la Constitución denomina motivación.

La concurrencia de fundamentación y motivación es condición de existencia del acto autoritario, pues con la sola mención del derecho, que es abstracto, resulta imposible resolver un caso concreto; y, sin ella, es igualmente imposible la operación lógica de adecuar faltando uno de los términos.

La motivación comprende, por tanto, cuatro elementos: el derecho, considerado como continente; los hechos (con sus pruebas), como posible contenido; una exposición o argumentación lógica mediante el cual se demuestra la adecuación de los hechos al derecho; y, finalmente, la conclusión.

Para los jueces la motivación consiste, entonces, en la obligación de exponer en autos y sentencias las razones que, a su entender, hacen aplicable o inaplicable el derecho a cada uno de los puntos que deben decidir.

¿Cuáles son esos puntos? En términos generales, podemos afirmar que son aquellos que plantean o deben plantear las partes en congruencia absoluta con la materia del procedimiento intentado. De tal manera que, en una sentencia definitiva de carácter penal, serán todos los que se refieran a la tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad. Y, en un auto de formal prisión, serán exclusivamente, los relativos a la comprobación plena de los elementos del tipo y del cuerpo del delito, y suficiente de la responsabilidad probable.

De lo hasta aquí dicho, se infiere con facilidad que, para una motivación correcta, son necesarios:

a) Exposición objetiva de hechos, con sus pruebas, y del derecho probablemente aplicable ("resultando").

b) Argumentación lógica, con valoración de pruebas, para declarar aplicable o inaplicable el derecho a los hechos ("considerando").

c) Conclusiones congruentes y que comprendan todos los puntos a decidir ("puntos resolutive").

Por tanto, si el juez omite la exposición de hechos, pruebas o derecho, altera los hechos, omite la argumentación, argumenta lógicamente o llega a conclusiones incorrectas, estaremos en presencia de una resolución inmotivada". (11)

(11) *Idem.* pp.11-12.

I.1.- ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

A raíz de las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 03 de septiembre de 1993 y las cuales originaron la más amplia reforma a los Códigos Procesales Distrital y Federal vigentes, publicadas el día 10 de enero de 1994, los que de alguna manera hemos estado presentes en algunas de las instituciones de administración e impartición de justicia nos damos cuenta de la preocupación sobre la interpretación de los nuevos contenidos de los preceptos penales y procesales. En especial sobre el nuevo contenido de los artículos 122 y 168 de los Códigos Adjetivos Penales del Distrito y Federal.

Esta preocupación nace de la desaparición de conceptos tradicionales con los cuales se estaba acostumbrado a actuar.

Ahora bien, con las reformas antes enunciadas, nuestro legislador moderno, ante el progreso técnico y el cambio procesal requerido en una adaptación al modelo del proceso nuevo, en mi opinión el legislador al optar por este cambio consideró que las regulaciones e instituciones derogadas eran anticuadas, cuyo funcionamiento era inapropiado, dañino o injusto para una sociedad como la mexicana en los albores del siglo XXI.

A pesar de que la respuesta al cambio fué favorable, también lo es que en los tribunales penales no se está accionando como pretendió el legislador, así sería interesante comprobar estadísticamente cómo las resoluciones de consignación y de juzgador se han reducido o en el mejor de los casos, se han encubierto con los conceptos tradicionales bajo la

forma establecida por la ley nueva.

Lo anterior se debe en gran parte, a la polémica en torno al concepto del "cuerpo del delito", al cual se le dieron diferentes acepciones. Algunos decían que el cuerpo del delito era el delito mismo. Otros estiman que el cuerpo del delito se encuentra constituido por el conjunto de elementos materiales e inmateriales que comprende la definición legal. Los terceros opinan que el cuerpo del delito consiste exclusivamente en los elementos materiales. (12)

Sin embargo, hubo la necesidad de reconocer que nos encontramos en un Estado de Derecho, democrático y social, correspondiendo en el proceso reconocer al inculcado una serie de garantías señaladas en la Constitución pero no reconocidas en la Ley Procesal Penal y en la práctica. Es por esto que se reconoce la necesidad de equiparar el cuerpo del delito con el de tipo que en materia de derecho penal se reconoce como uno de los elementos del delito. Concepto que comienza a imponerse en nuestro país en la doctrina al llegar las obras de los españoles Luis Jiménez de Asúa, Mariano Jiménez Huerta, de donde los autores mexicanos, entre otros Guillermo Colín Sánchez, Sergio García Ramírez, Victoria Adato de Ibarra y Eduardo Herrera y Lasso lo desarrollan con igual maestría.

Es hasta el año de 1994 que se impuso el pensamiento de los anteriores maestros y desapareció la categoría procesal del cuerpo del delito, binomio de la "presunta" responsabilidad.

Los nuevos mandatos de los artículos 122 y 168 respectivamente de

(12) Borja Osorno, Guillermo. "Derecho Procesal Penal". Ed. Cajica. Puebla, México. 1985, p. 204.

los Códigos Procesal Penal Distrital y Federal, desterraron en buena hora el viejo concepto de cuerpo del delito, conteniendo actualmente "los elementos del tipo penal". Ahora bien, por la importancia de los artículos anteriores los transcribo a continuación:

Artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código Procesal Penal para el Distrito Federal:

"El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

- I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;
- II.- La forma de intervención de los sujetos activos; y
- III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados, e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

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

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable

responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley".

Antes de realizar el análisis de los artículos antes transcritos, los cuales son idénticos, es necesario mencionar que sus elementos provienen de la teoría finalista, la cual fué enunciada en Alemania por el profesor de la Universidad de Boon, Hans Welzel. Por tanto, el estudio de los numerales 122 y 168, se desarrollará con base en esta teoría.

En primer término, si los artículos 122 y 168 utilizan las palabras "acreditará los elementos del tipo... y la probable responsabilidad..." es necesario establecer que debe entenderse por acreditar y probabilidad.

Acreditar.- "Es hacer a alguna cosa digna de crédito, probar su certeza o realidad". (13)

Por su parte el adjetivo probable significa: "Lo verosímil o que se funda en razón prudente, lo que se puede probar". (14)

En razón del segundo significado se hará su análisis más adelante, por lo que en este momento solo lo anuncio.

Sin embargo, en relación a la acreditación, si existen problemas, los cuales se pueden dilucidar de acuerdo a la función de dicho término en el proceso, así considero que el legislador al utilizar dicho verbo, se refiere a la justificación exigida por la ley para los autos de libramiento de orden de aprehensión y de procesamiento, ya que en esta etapa (preinstrucción) no se pretende convencer indubitavelmente al juez

(13) Palomar de Miguel, Juan. "Diccionario para Juristas". Ed. Mayo, México, 1981, p. 34.

(14) Idem. p. 1091.

de la existencia de un hecho sino de la probabilidad de su existencia, esto es, que exista razón prudente de que haya sido tal, en el mundo del derecho.

Visto así, los elementos del tipo penal son además una institución procesal ligada íntimamente al principio de la prueba idónea. Y ello explica la necesidad de precisar los elementos que lo integran en cada uno de los diferentes tipos posibles, pues en la naturaleza de cada hecho, objeto o circunstancia va implícita, también, la naturaleza del medio más adecuado para comprobar la existencia de ellos.(15)

Ahora bien, el ilustre maestro Eduardo Herrera y Lasso, al hablar acerca de las generalidades sobre la prueba penal, manifiesta: "Probar es demostrar la existencia de un objeto, entendido éste en su sentido más amplio: todo aquello susceptible de ser conocido. Y afirmamos, asimismo, que la naturaleza del medio (y, a su vez del método) más adecuado para demostrar su existencia.

Bastan estos datos para entender los diversos aspectos que presenta la prueba en el proceso penal:

a) Utilidad de la prueba ("prueba útil y pertinente").

La prueba debe referirse a un objeto cuya existencia no consta en el proceso, y que tenga relación con los puntos controvertidos: ley aplicable, elementos del tipo, responsabilidad y punibilidad.

b) Medios de prueba: testigos, peritos, documentos, etc.

(15) Herrera y Lasso, Eduardo. Ob. cit. p.46.

c) A quién corresponde aportar esos medios ("carga de la prueba"): ministerio público, juez, defensor, acusado.

d) Idoneidad de los medios de prueba: el medio elegido debe ser acorde con la naturaleza del objeto cuya existencia se pretende demostrar. Elegido el medio correcto, el método a seguir deberá ser el más riguroso posible.

e) Orden de preferencia en la elección de los medios de prueba: siendo varios, el medio menos idóneo sólo será aceptable a falta del inmediato superior más idóneo.

f) Credibilidad que la demostración produce respecto de la existencia del objeto ("valoración de la prueba"): certeza negativa, duda en todos sus grados, certeza positiva". (16)

Por ejemplo: la conducta "engaño", en el fraude, admite ser probada mediante declaraciones de testigos o documentos. Pero el resultado "muerte" y la circunstancia "por envenamiento", en esa especie de homicidio calificado, exigen ser probados mediante inspección ocular y el dictamen de peritos.

Ahora bien, analizando cada fracción de los numerales 122 y 168 de los Códigos Adjetivos Penales del Distrito y Federal, tendremos que:

I.- LA EXISTENCIA DE LA CORRESPONDIENTE ACCION U OMISION Y DE LA LESION O, EN SU CASO, EL PELIGRO A QUE HA SIDO EXPUESTO EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO;

(16) Idem, pp.94-95.

Para Welzel la acción es todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica, sin embargo, siempre una finalidad. No se concibe un acto de voluntad que no vaya dirigido a un fin. El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin. La acción es ejercicio de actividad final. (17)

La dirección final de la acción se realiza en dos fases: una, externa; otra, interna.

La interna opera en el pensamiento del autor y consiste en: a) proponerse el fin (por ejemplo: matar al enemigo); b) seleccionar los medios para su realización, proceso mental que se realiza a partir de la representación del fin (el enemigo muerto ¿cómo lograrlo? Con una bomba); y c) consideración de los efectos concomitantes que se unen causalmente al fin (destrucción de la casa del enemigo). La segunda fase (externa) consiste en la puesta en marcha de los medios seleccionados conforme a la normal y usual capacidad humana de previsión. (18)

Para el finalismo, la acción y la omisión, ni vienen siendo sino dos subclases de la conducta típica, ambas susceptibles de ser dirigidas por la voluntad final.

La omisión para este sistema, está referida necesariamente a una acción y él debe tener "el poder final del hecho", es decir, quien omite la acción debe tener la posibilidad de actuar, así puede omitirla en

(17) Welzel, Hans. "Derecho Penal Alemán". Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1970 pp. 54-56.

(18) Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Síntesis de algunas implicaciones del concepto finalista de la conducta en la teoría general del delito". Criminalia. Año XXXVII, número 10. México. 1971. p. 485.

forma dolosa, o bien en forma culposa, cuando olvida ejecutar una acción que con adecuada diligencia debía recordar.

Welzel afirma: "El autor de omisión no es castigado por haber causado el resultado típico, sino por no haberlo evitado. La confusión ya criticada, de la omisión con la acción y su identificación con ella, hizo que la ciencia penal persiguiera durante casi dos siglos al fantasma de una causalidad de la omisión, que correspondiera a la causalidad de la acción. La omisión como no ejecución de una acción no causa absolutamente nada. La única pregunta legítima dentro del marco de los delitos de omisión se refiere a si la ejecución de la acción omitida habría evitado el resultado". (20)

Para Welzel la omisión se fundamenta:

a) En el poder de hecho, que tenía el omitente, de haber realizado la conducta, sujeta a su vez al conocimiento de la situación típica y a la posibilidad real de evitar el resultado;

b) A la posición de garante, del omitente, respecto del bien jurídico lesionado, posición que debe provenir de la ley, o de un deber contractual, o de una obligación profesional, o de una especial relación de lealtad, y respecto de esas particulares situaciones el omitente tiene la obligación de actuar, se encuentra en una posición en que su actuar está a su cargo, su posición es de garante. (21)

Problema más complejo son los llamados delitos de omisión impropia, o comisión por omisión.

(20) *Idem.* p.292.

(21) Citado por Orellana Wiarco, Octavio Alberto. "Teoría del Delito". (Sistemas causalista y finalista). Editorial Porrúa. México. 1994. p.140.

En efecto, en los delitos de omisión simple, o delitos de omisión propia, el resultado es de peligro, el bien jurídico tutelado sufre riesgo, peligro, pero no se daña; en cambio, en los delitos de comisión por omisión, u omisión impropia, sí se produce un resultado material.

Weizel, padre del finalismo afirma que: "Los delitos de omisión impropia son, por ello, no sólo ontológicamente verdaderos casos de omisión, sino que también siguen dogmáticamente las reglas especiales de los delitos de omisión". (22)

Así, para el finalismo, la solución al problema de los delitos de omisión o comisión por omisión, se sitúa en la tipicidad, precisamente en la posición de garante del omitente, pues su posición lo obliga, no sólo a impedir que el bien jurídico corra peligro, sino también del daño material, como en el caso de los delitos de comisión por omisión, lo que ocurre, es que en los delitos de omisión propia o impropia se trata de tipos abiertos, en los cuales el juzgador tiene que completar la fórmula de la ley, y resolver si en el suceso puesto a su consideración el sujeto presunto responsable, tenía o no el poder final del hecho y la posición de garante, lo que la ley no puede consignar en tipos cerrados, porque sería insuficiente cualquier fórmula frente a la inmensa posibilidad de situaciones concretas. (23)

En el Código Penal del Distrito Federal de aplicación Federal en toda la República con las reformas y adiciones que entraron en vigor el 1º de febrero de 1994, se incluye como conducta típica a los elementos de la comisión por omisión, pues al artículo séptimo se le agregó el segundo párrafo que a la letra establece:

(22) Ob. cit. p.289.

(23) Orellana Wiarco, Octavio Alberto. ob. cit. p.143.

Artículo 7º.- . . .

"En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente".

En otro orden de ideas, en lo referente a la "lesión o puesta en peligro del bien jurídico" el maestro Rafael Márquez Piñero opina lo siguiente: "Sabemos que la tendencia, a nuestro juicio irreversible, en moderna concepción del derecho penal (enmarcado en el plano político real del "Estado social y democrático de derecho"), es la de singularizar como ineludible el rango social de los bienes protegidos. Se trata de bienes esenciales para la recta convivencia social, fin último de todo el derecho, y -obviamente- del jus puniendi.

En esta tesitura, la lesión a los intereses de la sociedad, dimanante de la conducta del hombre (por reprochable que sea), no acarreará ninguna consecuencia penal si el derecho punitivo no ha tomado bajo su tutela el interés afectado. Con la creación del tipo legal, el interés pasa a la categoría de bien jurídico; y la lesión respectiva es, ya, una lesión (o puesta en peligro) de ese bien jurídico". (24)

Lesión del bien jurídico es "la destrucción, disminución o comprensión del bien, contempladas en el tipo"; la puesta en peligro o peligro de lesión es "la medida de posibilidad, señalada en el tipo,

(24) Márquez Piñero, Rafael. "El tipo penal". (Algunas consideraciones en torno al mismo). Editorial UNAM. 1992. p.220.

asociada a la destrucción, disminución o compresión del bien jurídico".
(25)

Si la finalidad de las normas jurídico-penales es la protección de los bienes jurídicos respecto de las conductas (específicamente descritas en los tipos), que los lesionan o ponen en peligro, entonces tanto el bien como la lesión o, en su caso, la puesta en peligro son elementos del tipo. La lesión del bien jurídico es elemento del tipo de consumación y la puesta en peligro es elemento del tipo de tentativa.

En el modelo lógico, sus creadores Olga Islas Magallanes y Elpidio Ramírez al referirse a el homicidio que conlleva a la destrucción del bien jurídico vida, establecen que dicha destrucción no configura cualquier lesión (esto es lo fundamental); cuando se priva de la vida a un ser humano, no se lesiona el honor, ni la libertad sexual, ni el normal desarrollo psicosexual, etcétera; el único bien afectado es la vida humana. Ningún otro bien entra en juego, porque la protección dimanante del tipo típico de homicidio se concreta a la vida humana. No es, pues, cualquier lesión: es una lesión típica. Más preciso aún: la lesión es un elemento del tipo y por tanto, también, la puesta en peligro.

En consecuencia, puede decirse, y así lo afirman los reiterados autores, (26) que en el elemento referenciado están incluidos dos conceptos distintos: a) La lesión del bien jurídico; y b) La puesta en peligro del bien jurídico. Como se ha dicho, con anterioridad, el primero es asociado al tipo de consumación, y el segundo al tipo de tentativa. De lo sostenido se infiere que: los tipos de consumación excluyen la puesta en peligro, y los tipos de tentativa excluyen la lesión.

(25) Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. "Lógica del Tipo en el Derecho Penal". Editorial UWM. 1992. p.220.

(26) Idem. p.84.

Pero resulta, como obviamente puede comprenderse, que los tipos, tal como se nos aparecen en la parte especial o en las leyes penales especiales, son tipos de consumación. ¿Luego cómo se obtiene un tipo de tentativa?

Los tipos de tentativa se consiguen sustituyendo, en el respectivo tipo, la lesión del bien jurídico por la puesta en peligro del mismo. Dicha puesta en peligro está consagrada en el artículo 12 del Código Penal Distrital en lo común, y para toda la República en lo federal. Así que el tipo de tentativa se obtendrá de la conexión normativa de sentido entre el tipo consumatorio, que se intente analizar, y el mencionado artículo 12.

En el caso de homicidio, la norma jurídica fundamental del consumado se integrará por el tipo, descrito en el artículo 302 del cuerpo punitivo referenciado, y la punibilidad señalada en el artículo 307. En cambio, en la tentativa, la norma jurídica fundamental se constituirá por el tipo de los artículos 302 y 12, y la punibilidad indicada en los artículos 63 y 307. La diferenciación de los dos tipos (consumación y tentativa) aparece nítidamente: el de consumación en el artículo 302 y el de tentativa en los artículos 302 y 12.

La doctora Islas (27) puntualiza que la construcción se lleva a cabo, por una parte, sustituyendo en el tipo de consumación, y a base del artículo 12, los elementos discordantes y, por otra, eliminando el propio tipo de consumación los elementos innecesarios de acuerdo con el mismo artículo 12. Únicamente con esta base normativa es válido el análisis de cualquier tentativa de delito.

(27) Islas, Olga. "Análisis lógico de los delitos contra la vida". Ed. Trillas. México. 1982. pp.39,40.

Y es que el principio "nullum crimen, nulla poena sine lege", de absoluta plenitud vigencial en el universo jurídico mexicano, impide el prescindir de un fundamento normativo, que describa, con toda precisión, los elementos configurativos de la tentativa.

II.- LA FORMA DE INTERVENCION DE LOS SUJETOS ACTIVOS

Con esto el legislador tomando en consideración los argumentos señalados por la moderna Doctrina Penal, pretendió que a nivel de tipo se estudiaran los problemas de participación a que se refiere el artículo 13 del Código Penal, obligando a las autoridades a establecer el nombre del que relizó la acción típica.

El anterior criterio difiere en mucho a lo establecido en el modificado artículo 168 del Código Federal y en la costumbre judicial, a pesar de ser tan claro el legislador moderno, en la práctica se han presentado dos posiciones, una correcta limitándose al contenido de la disposición, estudiando la forma de intervención del incoado, y la segunda estableciendo que dicha disposición sólo obliga a señalar la conducta realizada por los inculcados, esto es si fue autor, coautor, autor mediato, instigador o cómplice, pero sin establecer el nombre del inculcado, señalándose el nombre hasta el nivel de probable responsabilidad. Dicho criterio no tiene en la actualidad sustento alguno ni de derecho sustantivo penal moderno ni de derecho adjetivo penal, ya que en la actualidad los contenidos de los conceptos de tipo y de probable responsabilidad son claramente delimitados, al señalar que sólo se establece la conducta típica se olvida el contenido de la primera fracción para el caso de los autores y al señalarlo en responsabilidad

penal, se olvida el contenido de las misma (antijuricidad y culpabilidad) por lo tanto optar por este criterio sería no cumplir con la ley procesal sin perjuicio de todos los argumentos dados por la doctrina para estudiar el problema de la participación en la tipicidad, dichos argumentos son los siguientes:

En primer lugar, -manifiesta el Doctor Moisés Moreno Hernández-(28) la problemática se debe plantear a nivel de la tipicidad, es ahí donde debe precisarse cuántos y cuáles son los sujetos que tuvieron intervención en la realización de un hecho penalmente relevante, para precisar objetivamente en qué consistió la actividad desplegada por cada uno de ellos; por ejemplo, en el homicidio, que alguien fue el que disparó el arma, que otro fue el que prestó el arma, que alguien esperaba en un lugar con su vehículo para darse a la fuga, etc.; cada quien realiza una actividad diferente. Se constata objetivamente la actividad que cada quien desarrolla; consecuentemente, podemos afirmar que todos tuvieron intervención en la producción del resultado típico. Pero, con eso, todavía no sabemos en calidad de qué intervino cada quien, es decir: quién es autor, quién es cómplice, quién es instigador, quién es un mero instrumento, etc.; para ello necesariamente tenemos que abordar los aspectos subjetivos. Luego entonces, además de los elementos objetivos, que nos van a determinar que cada uno sí tuvo intervención en la comisión de los hechos, para poder saber en calidad de qué lo hizo cada quien, es necesario analizar el aspecto subjetivo, y en base a eso podemos determinar, por ejemplo, que: los cuatro se pusieron de acuerdo para privar de la vida a "X" y se dividieron el trabajo, y cada uno tenía que hacer una determinada cosa. De esta manera vamos encontrando la vinculación que existe entre todos y, consecuentemente, podemos llegar a

(28) Moreno Hernández, Moisés. "La Responsabilidad Penal". Conferencia dictada en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. 1990. p.34.

la afirmación de que todos son "coautores" del delito de homicidio, independientemente de lo que cada quien haya hecho; es decir, para afirmar la coautoría prevista en la fracción III del artículo 13 del Código Penal, no se requiere que todos hayan disparado el arma, o lanzado la puñalada, para ser considerados coautores; hay ciertos elementos que los enlazan: la decisión común de llevar a cabo el hecho y la realización conjunta del hecho previsto en la ley.

Esto nos demuestra que el problema de la coautoría, como el de otras formas de participación lato sensu, es un problema de la tipicidad, puesto que la sola intervención en la realización típica no es base suficiente para afirmar la responsabilidad. La autoría y participación constituyen en primer lugar, un problema que debe constatarse como antes se ha dicho en la tipicidad. (29)

Ahora bien, dentro de este mismo problema de la participación lato sensu, se puede determinar en el caso concreto que de los diversos intervinientes, uno es el que realizó la acción descrita en el tipo, es decir uno es el "autor"-o como tradicionalmente se dice el "autor material"- del delito y otro sólo prestó una ayuda o bien es el que determinó al autor a cometer ese hecho; es decir, tomando en consideración tanto aspectos objetivos como subjetivos del tipo se puede distinguir que uno es el autor (material), otro el instigador y otro el cómplice.

En la casi generalidad de los tipos penales del Libro Segundo del Código Penal, con excepción de los casos en que directamente se hace referencia al instigador y al cómplice, la descripción se refiere en

(29) Idem, pp.35-36.

principio al autor, como figura principal, cuando se usan las expresiones "al que", "el que", "a quien", etc. Por lo que, las figuras de participación stricto sensu, instigación y complicidad, previstas por el artículo 13 son figuras accesorias, amplificadoras de la punibilidad establecida en principio para el autor; es decir, la punibilidad prevista para el autor se amplía y alcanza también a otros que no tienen esa calidad, como son los cómplices y los instigadores. (30)

Aquí es donde hay que hacer valer el "principio de culpabilidad", que en este caso establece que, cuando varios sujetos intervienen en la comisión de un hecho penalmente relevante, ya sea como autores o como partícipes, cada uno responde de acuerdo a su propia culpabilidad, sin hacer referencia a la culpabilidad de los otros. Esto quiere decir, por tanto, que si alguno de los intervinientes en la comisión de un delito es "inculpable", es decir, no es penalmente responsable, ello no excluye que pueda afirmarse la culpabilidad o responsabilidad de los otros. Si se determina que el autor del hecho principal, -verbigratia el que dispara el arma que priva de la vida a otra persona, actuó antijurídicamente, pero sucede que al momento de realizar la acción padecía de un "trastorno mental", entonces, ese sujeto, ese autor del hecho principal, no es culpable; sin embargo, por la existencia de la conducta antijurídica concretizada por él, sí hay base para poder analizar y afirmar la existencia de la responsabilidad de quienes sólo hayan intervenido como partícipes, esto es, como instigadores o como cómplices.

De la misma manera que con relación al autor, por lo que hace al instigador y al cómplice también un instigador o un cómplice pueden encontrarse en una situación que excluya su culpabilidad y su

(30) *Idem.* p.37.

responsabilidad dependiendo del caso de que se trate. Según lo anterior, no basta con decir que el autor de un hecho principal es culpable para afirmar que todos los demás son igualmente culpables, porque entonces se estaría violando ese principio que dice que "cada quien responde solamente de su propia culpabilidad". (31)

En efecto, los anteriores argumentos sustentados por el Doctor Moisés Moreno Hernández, -a quien se le debe en gran parte las reformas tanto al Código Penal Federal cuanto al de Procedimientos Penales Federal y del Distrito Federal, que entraron en vigor el 1º de febrero de 1994- han dejado su impronta en el actual artículo 13 del Código Penal Federal, al agregarse en su penúltimo párrafo el "principio de culpabilidad" y que a la letra reza:

Artículo 13.- . . .

"Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad".

III.- LA REALIZACION DOLOSA O CULPOSA DE LA ACCION U OMISION.

El artículo 9º del Código Penal Federal, en su redacción actual determina claramente lo que debe entenderse por dolo y culpa, en tal virtud, lo transcribo a continuación:

"Artículo 9.- Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

(31) Idem, pp.40-41.

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales".

Ahora bien, el maestro Zaffaroni desenvuelve con maestría los anteriores conceptos, al afirmar: "Cuando nos hallamos con una conducta humana que tiene por fin matar al enemigo y que lo ha logrado mediante una bomba, hallaremos que esa conducta es "típica" porque se adecúa a un tipo legal (el artículo 302 del Código Penal Federal, por ejemplo). Para que una conducta se adecúe a un tipo es necesario que se haya llevado a cabo con la finalidad típica (el dolo): cada tipo doloso -de los culposos nos ocuparemos más adelante- requiere un dolo determinado (no se puede violar a una mujer con dolo de traicionar a la patria). Consecuentemente, el tipo penal presenta dos aspectos: uno objetivo (al que pertenece la característica humana de la víctima -sujeto pasivo, su muerte -resultado, la explosión de la bomba -el medio, y la causalidad) y otro subjetivo (al que pertenece el fin de matar al enemigo -el dolo). El dolo, que es el núcleo central de la parte subjetiva del tipo, comprende también dos aspectos: uno intelectual y otro volitivo (el intelectual consiste en saber que lo que se arrojaba era una bomba, que ella era capaz de matar, que a quien se la arrojaba era su enemigo, etc.; el volitivo, en la voluntad de dar muerte a su enemigo). Dolo es, pues, el querer del resultado típico abarcando -y siendo dirigido u orientado- por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Consecuentemente, para que una conducta pueda calificarse de dolosa se requiere que haya una armonía en cuanto a los dos aspectos de la tipicidad (el objetivo y el subjetivo), que llamaremos "congruencia típica". (32)

(32) Zaffaroni, Eugenio Raúl. ob. cit. p.486.

Y en cuanto a la culpa, el maestro Zaffaroni sostenedor de la teoría finalista en México, señala que: "La conducta culposa también es conducta final. Nadie duda que el que conduce un automóvil realiza una conducta final de conducir, pero el derecho exige que cualquiera que realice esa conducta lo haga guardando un deber de cuidado. Si el conductor viola el deber de cuidado y su conducta causa la muerte de alguien, su conducta será típicamente culposa, (artículo 60 del Código Penal Federal). Consecuentemente, el tipo culposo exige una conducta dirigida a un fin distinto del resultado lesivo al que está causalmente unida, pero que en su modo de realización haya violado un deber de cuidado. Si esta última característica no se presenta, la conducta será atípica.

Es inexacto afirmar, pues, que la conducta culposa no es final. Todas las conductas son finales, sólo que la culposa no se dirige al fin típico de que se trata, aunque puede ser a otro (el que queriendo dañar la casa lesiona al morador)". (33)

En pocas palabras, en la teoría de la acción finalista, encontramos que el dolo y la culpa se van a ubicar, ya no a nivel de la culpabilidad sino a nivel de la acción típica.

El dolo y la culpa van a dejar de ser especies o formas de la culpabilidad, como tradicionalmente lo aceptó la teoría causalista, ahora el dolo y la culpa constituyen el fin de la acción.

Ahora bien, en la práctica el problema que se presenta es cómo se acredita el dolo, hasta antes de las reformas al Código Penal de 1984, en nuestro país existía la presunción de intencionalidad, en virtud de

(33) *Idem*, p.488.

dichas reformas desapareció, ya que nuestro país firmó varios convenios en los cuales se reconocía precisamente lo contrario, ésto es la presunción de inocencia. Sin embargo, la reforma de 1984 careció de efectos en la práctica, tan es así que hasta el momento no existe alguna jurisprudencia firme del dolo, ni desde el punto de vista dogmático penal ni desde el punto de vista procesal.

El mérito de la reforma de 1994 es la acreditación del dolo, surgiendo la interrogante ¿cómo justificar dicho elemento del tipo? porque la investigación comprendería el conocimiento y la voluntad del inculpado de realizar el acto ilícito. En consecuencia pareciera como único medio probatorio la confesión, situación que acarrearía una imposibilidad de obtenerla a todo costo, y por lo tanto existiría impedimento para consignar o decretar auto de procesamiento a los que no hubieren confesado. El camino para solucionar este conflicto es partir de la prueba indiciaria, la cual nos va a establecer una serie de circunstancias objetivas que analizadas de acuerdo a las reglas de la experiencia, podemos deducir la existencia del dolo en el sujeto al momento de realizar los elementos objetivos del tipo, lo anterior quedará mejor explicado con un ejemplo. En un caso de homicidio, acreditado que el sujeto apuntó su arma de fuego hacia otro y jaló el gatillo, es lógico deducir que quería privarlo de la vida, lo cual se desprende de la experiencia común que se tenga en el manejo de las armas de fuego, correspondiendo la carga de la prueba al incoado para establecer cuando se rompe esa regla de la experiencia normal, ésto es, el inculpado deberá acreditar que por haberse demostrado una serie de circunstancias en el momento de los hechos no quería privar de la vida a dicho individuo, en virtud de haber tenido una falsa apariencia de la acción realizada.

ASIMISMO, SE ACREDITARAN, SI EL TIPO LO REQUIERE: A) LAS CALIDADES DEL SUJETO ACTIVO Y DEL PASIVO;

Sobre el presente tema el maestro Herrera y Lasso afirma que: "Referentes al sujeto activo son el número, condiciones o cualidades de quien o quienes realizan la omisión o actividad típicas. Ejemplos: ser funcionario público o encargado de un servicio público, en los delitos por ellos cometidos (artículos 212 y 217); ser poseedor precario de la cosa, en el abuso de confianza (artículo 382); ser casado, en el adulterio y la bigamia (artículos 273 y 279); en los delitos de omisión, tener la calidad de garante de la evitación de la lesión producida, etc."

"Referentes al sujeto pasivo. Número, condiciones o cualidades del titular o titulares del bien jurídico. Ejemplos: ser funcionario público en el delito contra él cometido (artículo 189); tener la calidad de poseedor originario en el abuso de confianza (artículo 382), etc.". (34)

B) EL RESULTADO Y SU ATRIBUIBILIDAD A LA ACCION U OMISION;

En los delitos de resultado (homicidio, daños, lesiones, etc.) entre acción y resultado debe darse una relación de causalidad, es decir, una relación que permita, ya en el ámbito objetivo, la imputación del resultado producido, al autor de la conducta que lo ha causado.

En muchos casos ni siquiera surgen dudas acerca de la causalidad entre una acción y un determinado resultado. Así, por ejemplo: A dispara tres tiros a B, quien se halla a un metro de distancia de su agresor, hiriéndole en el hígado y en la cabeza y muriendo B casi instantáneamente

(34) Herrera y Lasso, Eduardo. ob. cit. p.43.

a consecuencia de las heridas. En este caso la inmediata sucesión temporal entre la acción y el resultado y su relación directa no deja lugar a dudas sobre la relación existente entre la acción y el resultado.

Sin embargo, no todas las relaciones son tan sencillas de resolver. Pensemos que en el ejemplo anterior A hiere a B y este muere al ser trasladado a el hospital para ser atendido, o por una infección sobrevenida a consecuencia de la herida o por un mal tratamiento médico.

Para resolver casos tan complicados se han elaborado diversas teorías y ha existido polémica alrededor de este tema. Sin embargo desde el punto de vista finalista el problema de la relación causal debe referirse siempre a la redacción del tipo, pues en él vamos a encontrar si a la conducta del sujeto se le puede o no atribuir la violación del mandato en los delitos de omisión, o de la violación de una norma prohibitiva en los delitos de comisión. (35)

En este mismo sentido opinan los maestros Olga Isias y Elpidio Ramírez al referirse al resultado material, que es "el efecto natural de la actividad, descrito en el tipo". (36)

Es el elemento que aparece exclusivamente en algunas figuras legales siendo la relación "de medio a fin" en que se encuentran el kernel (37) y la lesión del bien lo que determina su eventual presencia en el tipo.

Es necesario cuando, y solamente cuando, la lesión del bien resulta imposible de no figurar en el kernel respectivo un resultado material; de ser posible la lesión, el tipo no debe exigirlo. La mencionada relación

(35) Vid. Orellana Wiarco, Octavio Alberto. ob. cit. p.146.

(36) Isias, Olga y Ramírez, Elpidio. ob. cit. p.74.

(37) El kernel es el verbo núcleo del tipo, y sus elementos son: voluntad dolosa o culposa actividad e inactividad, resultado material, medios, tiempo, espacio y ocasión.

de finalidad obliga al legislador a seleccionar entre todos los efectos naturales de la acción el que debe incluir en el kernel.

La inclusión en el kernel depende, por consiguiente, de la necesidad y de la idoneidad para producir la lesión. Necesidad e idoneidad (respecto de la lesión), es determinante esencial para considerar en el particular tipo típico un cierto resultado material. Se trata de un elemento sintético, es decir, su regulación normativa obedece a razones de pragmática legislativa.

El "efecto natural típico de la acción" también ha de tomarse en cuenta para la omisión; pero hay que dejar claramente sentado que el resultado material no es efecto de la omisión. Stricto sensu, ni siquiera es correcto hablar de resultado material. Hay un proceso causal atípico, uno de cuyos elementos coincide con el efecto natural típico de la lesión y de la acción; por esto último, es atribuido a quien, siendo garante de su evitación, no lo ha evitado en el caso concreto. (38)

En conclusión, el resultado material (en los delitos cuyo tipo lo exige), es el efecto de la ejecución.

Y el nexo causal es el proceso natural que une a la ejecución (acción) con el resultado material. (39)

C) EL OBJETO MATERIAL;

El objeto material (objeto de la acción) es el ente corpóreo sobre el que la acción típica recae. (40)

(38) Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. ob. cit. p.75.

(39) Vid. Herrera y Lasso, Eduardo. ob. cit. p.42.

(40) Idem. p.42.

Los tipos de omisión carecen de objeto material, toda vez que el no hacer algo no recae, materialmente, sobre ente corpóreo alguno. Asimismo, algunos tipos de acción no incluyen este elemento; se pueden citar, como ejemplos: la revelación de secretos, la coalición de funcionarios, el de asociación delictuosa, la difamación, etcétera.

D) LOS MEDIOS UTILIZADOS;

Son los instrumentos o actividad distinta de la conducta, empleados para realizar la conducta o producir el resultado. (41)

Ejemplos:

De instrumentos, el veneno y demás sustancias nocivas para la salud cuyo uso califica al homicidio (art. 315 del Código Penal Federal);

De actividad, el engaño utilizado en el estupro para realizar la conducta "cópula" (art. 262 del Código Penal Federal); la violencia en el robo (art. 373 del Código Penal Federal).

E) LAS CIRCUNSTANCIAS DE LUGAR, TIEMPO, MODO Y OCASIÓN;

Las circunstancias (de circum stare, estar alrededor) son, en general, accidentes unidos a un hecho. Referidas a los elementos del tipo serán aquellos accidentes que van unidos a los elementos fácticos comprendidos en el término ejecución, en cuanto cumplen al tipo. (42)

LUGAR: Son las condiciones de espacio en que ha de realizarse la

(41) *Idem.* p.43.

(42) *Idem.* pp.42-43.

conducta o producirse el resultado.

Ejemplo: Las nociones de "edificio, vivienda, aposento, cuarto, vía pública, campo abierto" a que se refieren los robos calificados previstos en el artículo 381 bis del Código Penal Federal.

TIEMPO: Es el momento en el cual o intervalo dentro del cual ha de realizarse la conducta o producirse el resultado.

Ejemplo: "En cualquier momento de la preñez" a que se refiere el delito de aborto en el artículo 329 del Código Penal Federal.

MODO: Son las formas de voluntariedad que puede revestir la conducta: dolo, culpa, y, en general, los llamados "elementos subjetivos del Injusto" ("a sabiendas", art. 246-VII; "conscientemente", art. 176; "sin derecho", art. 367, todos del Código Penal Federal).

OCASION: Es la oportunidad generadora de riesgos para el bien jurídico, que el activo aprovecha para realizar la conducta o producir el resultado.

Ejemplos: La falta de "sentido" en el sujeto pasivo, en el delito que se equipara a la violación (art. 266); que el vehículo robado no esté "ocupado" (art. 381 bis), todos del Código Penal Federal. (43)

F) LOS ELEMENTOS NORMATIVOS;

Son aquellos que establecen una valoración jurídica o cultural.

(43) Idem, pp. 43-44.

Ejemplos: "ánimo de apropiación", "cosa ajena mueble", "sin consentimiento", "disponer", "con arreglo a la ley", art. 367; "lucro indebido", art. 386, todos del Código Penal Federal.

G) LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECIFICOS

Son las formas de voluntariedad de la conducta que el tipo exige para que se integre el delito.

Ejemplos: "a sabiendas", art. 246-VII; "conscientemente", art. 176 "sin derecho", art. 367; "engañando", "aprovechándose del error", art. 386, todos del Código Penal Federal.

H) LAS DEMAS CIRCUNSTANCIAS QUE LA LEY PREVEA.

Pueden ser lo referente a las relaciones entre el sujeto activo y pasivo. Por ejemplo: el parentesco consanguíneo en línea recta, en el homicidio en razón del parentesco o relación, art. 323; la confianza, en el abuso de ella, art. 382, todos del Código Penal del Distrito Federal.

Por otra parte, en relación a los problemas estratégicos, consistentes en cómo presentar una resolución, trámite de consignación, orden de aprehensión o auto de procesamiento es conveniente señalar que los artículos 122 y 168 establecen en relación a los elementos del tipo una serie de requisitos esenciales, mismos que están señalados en las fracciones I a III y acto continuo los requisitos accidentales. Por lo anterior, no se deben acreditar uno detrás de otro, sino que debe de analizarse según la ubicación de cada elemento, comenzando siempre de lo

objetivo a lo subjetivo. Así se estudiará primero la acción u omisión, los medios para realizarla, el resultado, el nexo causal, la lesión del bien jurídicamente protegido, el objeto material, las circunstancias de modo, tiempo, y lugar, las calidades del sujeto activo o pasivo, la forma de intervención de los sujetos activos; los elementos subjetivos que comprenden el dolo y los especiales elementos subjetivos del tipo. Toda vez que se trata de una prelación lógica y no de orden cronológico.

I.2.- PRESUNTA, POSIBLE Y PROBABLE RESPONSABILIDAD

Es una práctica viciosa de nuestros jueces del fuero común o federal que en sus autos de formal procesamiento denominen indistintamente los adjetivos presunto, posible y probable al referirse a la responsabilidad, hasta llegar al grave error de considerarlos "sinónimos".

Es por lo anterior, que considero importante realizar un análisis de lo que nuestro legislador quiso decir con el adjetivo "probable" empleado en la Constitución.

El artículo 19 Constitucional exige que:

"Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste ...".

El ilustre penalista Víctor Velázquez, al referirse al artículo anterior, señala que: "Los términos del artículo 19 Constitucional son inequívocos y exigen:

- a) Pluralidad de datos de cargo
- b) Que tales datos sean suficientes para hacer probable la responsabilidad del inculpado". (44)

(44) Velázquez, Víctor. "El Caso Alarcón". n.e. México. 1955. p.180.

Suficiente: "Del latín "sufficiens", quiere decir "bastante para lo que se necesita", "suficiente y proporcionado para una cosa". (45)

Por lo tanto suficiente quiere decir "apto o idóneo" y sinónimo de "bastante" que es lo que basta, "bastante para lo que se necesita".

De lo expuesto se desprende que el artículo 19 Constitucional exige que los datos que arroje la averiguación previa, sean "suficientes e idóneos" para hacer "probable" la responsabilidad del acusado.

A pesar de la claridad del texto constitucional, la tendencia a la arbitrariedad ha inducido a algunos jueces a tergiversar el contenido del citado mandamiento, prescindiendo de la pluralidad de datos que la ley requiere, y substituyendo la noción de responsabilidad "probable" por la de "posible", que es muy distinta de la expresada por el legislador. La H. Suprema Corte, repetidamente, ha condenado esa práctica viciosa y contraria a la justicia, a la razón y a nuestra ley fundamental, y ha declarado:

"AUTO DE FORMAL PRISION. (TESTIGO SINGULAR).- Dar a un solo testimonio la fuerza y plenitud de "datos bastantes", cuando no reúne los requisitos de ser directo, explícito, concordante con la naturaleza de los hechos investigados, lógico y verosímil, es tanto como torcer el espíritu de la ley; que exige, para motivar un auto de esa naturaleza, que haya pruebas evidentes de la responsabilidad de un inculpado, así, exige que los antecedentes que arroje la averiguación sean suficientes, no para hacerla posible, entendiéndose por tal calidad de poder ser, de ser factible que sea, sino de hacerla verosímil, o que se pueda probar,

(45) Palomar de Miguel, Juan. ob. cit. p.1282.

que es, en puridad lexicológica, lo que significa el adjetivo probable, empleado por la Constitución en el artículo 19 que se comenta y el cual, si se analiza en su hondura filosófica, no tiene el alcance estrecho que se le ha dado frecuentemente, sino uno mayor, pues que no es posible admitir que sea rigorista en su parte objetiva, al expresar que el cuerpo del delito debe quedar comprobado necesariamente, y tolerante en su parte subjetiva, en tanto sus interpretaciones han permitido en las más de las veces, el cambio del adjetivo probable por el de posible, concediendo, con ello, que con una simple, única, singular declaración que no satisface los requisitos apuntados anteriormente, sino que por el contrario es confusa, contradictoria, ilógica hasta el grado de hacerla inverosímil, puede restringirse la libertad de una persona, con todas las gravísimas consecuencias que tal acto trae aparejadas, en el orden moral, por la depresión psicológica y opresión anímica que experimenta el que lo resiente; en el orden social, por cuanto el mismo se mira segregado de la sociedad; en la cual despierta un sentimiento de alejamiento hacia su persona, tal cual una cuarentena ineludible; en el orden económico, por cuanto significa, en repetidas ocasiones, la pérdida del empleo, la suspensión de sus créditos y el desnivel, por consecuencia, del deber y haber de su vivir cotidiano; en el orden familiar, en tanto un acto de esa naturaleza, hace descender la calidad de la familia que se siente confundida ante la sociedad de la que forma parte, por no poder ignorar que uno de sus miembros se encuentra procesado; y en el orden jurídico, por todo ese cortejo penoso y abrumador del registro carcelario, fichamiento, comparecencias judiciales, etc.". (46)

"Posible, adjetivo, viene del latín "possibilis"; es, en inglés, "possible"; en francés, "possible"; en portugués, "possivel"; en italiano

(46) Tomo XCVII, p.2098. Amparo Penal en revisión 312/48.-González Muñoz de Cote, Enrique. 9 de septiembre de 1948. Unanimidad de 5 votos.

"possibile", "possevole"; en todos estos idiomas quiere decir "lo que puede suceder, lo que no se sabe si es cierto". Lo "posible" es "lo potencial, lo que se opone a lo real o actual". (U.T.H.E.A.), "no en cuanto contraposición irreductible, sino más bien como aquello que puede realizarse". (Vermeyen, Philosophie des Möglichen; N. Hartmann.). En la esfera práctica, el probabilismo es la norma que ordena actuar de acuerdo con "lo más probable o verosímil". (47)

"Probable", adjetivo, viene del latín "probabilis", y que en francés portugués, e italiano significa aquello en que hay buenas razones para creer lo que es verosímil, lo que se funda en razón prudente, esto es lo que se puede probar. Lo "probable" es un "posible", que tiene más probabilidades de ser que de no ser. Es "probable" lo que es "posible" y merece ser más creído que la opinión contraria; este es un problema que se plantea en lógica y moral, cuando es necesario elegir para actuar, aunque teóricamente no haya certeza, debiéndose, entonces, preferir lo más probable. Lo posible es lo aleatorio, que puede ser o no ser; en cambio lo probable es lo que tiene mayor fuerza de razón para "ser".

"Lo maravilloso es de tal manera fascinante, que nueve personas de cada diez, si se llegan a persuadir de que una cosa es posible, se vuelven ansiosos de creer lo probable, y, al fin de cuentas, de convencerse a sí mismos, de que está probado". Los escolásticos enseñan que de lo "real" se deduce lo "posible", y de lo "posible", no se deduce lo "real" porque entonces lo "posible" dejaría de serlo.

La idea de posibilidad, opuesta a lo imposible y contradictorio, se opone en parte a lo real o efectivo, porque lo real es lo actualmente

(47) Velázquez, Víctor. ob. cit. p.181.

dato o ya producido, y lo posible es lo que puede acontecer y también no llegar a suceder, no llegar a ser real. La "posibilidad", existencia en razón de dualidad, base y principio de toda hipótesis, implica, siempre, lo mismo en el orden especulativo que en el práctico, problema para resolver, que no resuelto.

La "posibilidad", según se acerca más o menos a lo real y efectivo adquiere o pierde grados de "probabilidad". (48)

El artículo 19 Constitucional exige, pues, que los datos de la causa sean tales que la responsabilidad del inculpado sea "probable", quiere decir, que, además de "posible", esté muy cerca de la realidad y que como tal, aparezca verosímil, semejante a la verdad, fundada en razón prudente y merecedora de ser más creída que la inocencia del inculpado.

Por esto es que la Suprema Corte, en las ejecutorias anteriormente citadas, declara violatorio de garantías el que con "una simple, única, singular declaración, se restrinja la libertad de una persona con todas las gravísimas consecuencias que tal acto trae aparejadas, en el orden moral, en el orden social, en el orden económico, en el orden familiar y en el orden jurídico".

La Constitución y la jurisprudencia de la H. Suprema Corte consagran el principio adoptado por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre que manda, en su artículo 11, que toda persona acusada de un acto delictuoso, se presuma inocente hasta que su culpabilidad haya sido establecida; y también una fórmula antiquísima que, en el derecho español y en el nuestro hasta la promulgación de los modernos códigos, decía:

(48) *Idem*, pp.182-183.

"Nunca basta un testigo para hacer prueba por que negando el procesado lo que el testigo afirma, no resulta nada cierto, y la justicia entonces debe respetar el derecho de cada cual tiene a ser reputado por inocente. La razón exige dos testigos a lo menos, porque un testigo que afirma y un acusado que niega forman empate y es necesario un tercero que quite la discordia". (Ley 28, Tft. 16, part.3.). (49)

En efecto, la Ley de las Partidas antes transcrita, actualmente tiene plena aplicación, y en este mismo sentido el maestro Fernando Arilla Bas la desenvuelve con gran maestría, al decir:

"El viejo apotegma **"TESTIS UNUS TESTIS NULLUS"**, que niega validez probatoria al testigo singular, se apoya en los siguientes argumentos:

A) No hay razón para dar mayor crédito al dicho de uno que afirma frente a otro que niega;

B) El testimonio singular constituye una imputación, no una demostración;

C) Frente a toda acusación se alza una presunción de inocencia;

D) De la acusación no nace una prueba sino una sospecha, y dar valor al testimonio singular, del que nace precisamente la sospecha, sería tanto como probar la acusación con la acusación.

Como se advierte fácilmente, los argumentos anteriores llevan a la

(49) *Idem*, p.184.

conclusión de que el testimonio singular más que un medio de prueba constituye el objeto de la misma".

Y sigue agregando el maestro Arilla Bas, (quien fuera discípulo del ilustre maestro español Jiménez de Asúa),"el testimonio, al contrario de la confesión, no es divisible. En consecuencia, la falsedad comprobada de una parte de él, veda al juez tomarlo en cuenta en su totalidad, ni aún en aquella parte desvirtuada, que obviamente, resulta cuando menos dudosa **MENDAX IN UNO MENDAX IN TOTO**. Esto es, "quien miente en parte, miente en todo". (50)

El sentido correcto de los vocablos no lo observan dos personas de un modo exacto, dentro de un mismo país. Y, desde el punto de vista procesal, éste es un grave escollo, que la ignorancia y la indiferencia ha disimulado en todos los tiempos.

Si el testigo no sabe distinguir entre probable y posible, y si se le preguntara si el hecho pudo ocurrir de tal o cual manera, es casi seguro que empleará indiferentemente cualquiera de las dos palabras para responder por la afirmativa.

Esta distinción, que a primera vista parece insignificante, fue, sin embargo, en un caso de homicidio, motivo para mandar a la silla eléctrica en los Estados Unidos a un acusado de asesinato.

Wellman (51) narra en sus memorias de fiscal de distrito de Nueva York el proceso a un médico acusado del asesinato de una joven viuda millonaria.

(50) Arilla Bas, Fernando. "El Procedimiento Penal en México". Ed. Kratos. México, 1966, p. 122.

(51) Citado por Arrip, Anarbo. "Prueba de Testigos y Falso Testimonio". Ed. Depalma. Buenos Aires Argentina. 1983, pp. 99-100.

Se ordenaron las medidas tendientes al esclarecimiento del caso. Entre ellas, la autopsia del cadáver de la infortunada víctima, que a primera vista aparecía como muerta por insolación, tras ingerir cerveza a pleno sol.

El médico forense, llamado a declarar en la audiencia pertinente, era un prestigioso facultativo, bondadoso y comprensivo, cuyas opiniones constituían, sin embargo, un antecedente que el tribunal respetaba en todos los casos.

Preguntado durante la vista si podía tratarse de un homicidio por envenenamiento, contestó: "en mi opinión, es posible". En rigor de verdad no deseaba con su dictamen enviar al cadalso al colega, que era también un prestigioso profesional.

La posibilidad dice de algo remoto. Habla de que algo pudo ser o no ser. Las posibilidades están siempre dentro del campo de la perspectiva, no de las realidades. De manera que decir que algo "es posible", no quiere decir que haya sucedido, sino que pudo haber sucedido. Lo que no es lo mismo.

Preguntado esta vez por el letrado defensor del acusado para que concretase su opinión con menos ambigüedad, el perito contestó: "es probable".

Wellman consideró que esta vez la respuesta del perito convenció al jurado de doce personas de la culpabilidad del acusado y fue el motivo de su condena a muerte. (52)

(52) *Ibid.*, pp.99-100.

Pienso que con lo anterior, claramente ha quedado estudiado el adjetivo "posible", y respecto al adjetivo "presunto", bien podemos decir con el precitado maestro Fernando Arilla Bas lo siguiente:

"La fracción VI del artículo 135 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, considera las presunciones como un medio de prueba. Sin embargo, este criterio legal resulta, a todas luces, erróneo. "Presumir", del latín "praesumere", significa tanto como tomar anticipadamente una opinión, pero este significado no satisface, obviamente, las exigencias, del científico, quien tiene por misión no formar opiniones a priori sino a posteriori, es decir, fundadas en la demostración. Las presunciones no son medios de prueba, enderezados a demostrar la existencia histórica de un hecho, sino el mismo hecho, demostrado por el razonamiento. No hay que confundir el indicio con la presunción como lo hace el artículo 245 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. El indicio es un hecho conocido, susceptible de llevar racionalmente al conocimiento de otro desconocido, en virtud de la relación existente entre ambos, "presunción" es la consecuencia obtenida, por inferencia inductiva, o deductiva según los casos, del hecho conocido. Con mayor exactitud, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal reza en su artículo 379: "Presunción es la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido". Si agregamos que la consecuencia, además de ser deducida, puede ser inducida, el concepto civil supera francamente al penal". (53)

Siguiendo este orden de ideas y buscando la definición real (de res cosa, en latín). Nos encontramos que:

(53) Arilla Bas, Fernando, ob. cit. p.153.

Presunto.- (lat. praesumere, de prae, antes y sumere, tomar). Tr. Juzgar, sospechar o conjeturar una cosa por tener para ello indicios o señales. (54)

En cambio el adjetivo:

Probable.- (lat. probabilis). Adj. Verosímil, o que se funda en razón prudente. Que se puede probar. Se dice de aquello sobre lo cual existen buenas razones para pensar que sucederá o se verificará. (55)

La significación semántica de los conceptos en cuestión (semántico, Adj. y s. Relativo a la significación: valor semántico de una palabra. F. Ciencia que trata de los cambios de significación de las palabras) (56); se debe tratar desde el punto de vista de nuestro sistema político de división de poderes, así el ministerio público órgano del Poder Ejecutivo únicamente con el auxilio de la policía judicial conoce de los "hechos delictuosos", integra los elementos del tipo y consigna a "presuntos responsables", y el juez "prueba lo probable" de esos hechos a la luz de la ley penal y considera "probables" responsables de un hecho delictuoso.

Este es el espíritu de la Constitución de 1917 plasmado en los artículos 21 y 102, en relación con el ministerio público y 19 para la iniciación del proceso penal, porque precisamente en él están implícitos el contenido de los artículos 14, 16, 17, 18, 21 y 102 a plenitud de garantía constitucional.

El texto vigente del artículo 19 exige, según hemos visto, pluralidad de datos de cargo para justificar una detención preventiva, y,

(54) Palomar de Miguel, Juan, ob. cit. p.1072.

(55) Idem. p.1054.

(56) Idem. p.1234.

también que tales datos sean suficientes e idóneos para llevar al ánimo del juzgador imparcial, la convicción de la responsabilidad del inculpado y aunque la certidumbre no se apoye en la prueba legal plena que se requiere para una condena. Y también por mandato expreso de dicho artículo el juez debe realizar en su resolución de término constitucional las labores que le son propias, a saber:

A) La eurística jurídica, esto es la búsqueda y la investigación de la verdad de los hechos.

B) La hermenéutica, o sea la interpretación de la ley, para llegar sin tropiezos a la "síntesis jurídica", esto es, el juicio plasmado en el auto constitucional.

En este sentido, lo que hace el juez de primera instancia tanto constitucional como doctrinariamente es, "interpretar la ley", esto es, "desentrañar su sentido y precisar su alcance". Más si al efectuar el juzgador el razonamiento a que la ley lo obliga, viola las reglas de la lógica por omitir exposición de hechos o derecho; altera los hechos; omite la argumentación lógica, llegará a conclusiones incorrectas, por lo que estaremos en presencia de una resolución "inmotivada", y así la misma contendrá:

A) Un resultando objetivo;

B) Un considerando ilógico, y en consecuencia:

C) Puntos resolutivos incorrectos. (57)

(57) Herrera y Lasso, Eduardo. ob. cit. p.12.

Es por todo lo anterior, que considero que al confundir el juez los adjetivos: presunto, posible y probable empleados en el auto de formal procesamiento, viola la garantía del artículo 14 Constitucional, al no aplicarse la ley exactamente al caso concreto. Puesto que a través del presente estudio ha quedado demostrado a la luz de la ley, la doctrina y la jurisprudencia, lo que el constituyente quiso asegurar al utilizar el adjetivo "probable en el artículo 19 Constitucional.

I.3.- PARTES DEL AUTO DE FORMAL PRISION (REQUISITOS DE FONDO Y FORMA)

Del análisis de los artículos que señalan los requisitos del auto de formal prisión (19 Constitucional, 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 161 del Código Federal de Procedimientos Penales), se concluye que los requisitos de fondo de la resolución citada son el acreditar los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad. Requisitos que ya fueron estudiados en los dos puntos anteriores.

En cuanto a los requisitos formales del auto de formal prisión, se hallan señalados en el artículo 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y son:

I.- Que se dicte dentro del plazo de setenta y dos horas a partir de que el Indiciado sea puesto a disposición de la autoridad judicial.

En este requisito de forma para comprobar el cumplimiento de la obligación de tiempo que tiene el juez para dictar la resolución, lleva implícito que en el auto de formal prisión contenga al inicio la fecha y hora exacta en que se dicte.

"La fecha del auto de formal prisión reviste gran importancia -nos dice el maestro Guillermo Colín Sánchez- pues ya dejamos establecido que el artículo 19 Constitucional contiene un conjunto de garantías de libertad, que a la vez se constituyen en obligaciones ineludibles para el órgano de la jurisdicción, y aún para los terceros, puesto que el artículo 19 párrafo primero in fine del propio ordenamiento señala: "Los

custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluirse el término, y si no se recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculpado en libertad...". (58)

Por otra parte, si la resolución judicial era la formal prisión y ésta fue dictada rebasando el término constitucional, y ya el procesado quien no tenía derecho a la libertad caucional fue puesto en libertad por el "custodio", ¿qué es lo que ocurre con el proceso y el procesado?.

A nuestro juicio, -sigue aconsejando el maestro de nuestra facultad de derecho Colín Sánchez- el auto de formal prisión, aún dictado fuera de tiempo no carece de valor legal, debe producir los efectos jurídicos correspondientes, puesto que el término dentro del cual debe dictarse, es una garantía instituida para que no se prolongue ninguna detención sin causa justificada y esto no afecta a la resolución misma, trae, eso, sí, consecuencias para quien en ejercicio de sus funciones no se ajustó a los lineamientos legales en relación al término en que debió haber resuelto". (59)

Sin embargo, a pesar de que la Constitución establece en su artículo 19, un término perentorio de setenta y dos horas para dictar el auto de formal prisión, tanto el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 297 cuanto el Federal en su numeral 161, establecen la ampliación del término constitucional cuando lo solicite el inculpado o su defensor al momento de rendir su declaración preparatoria, siempre que sea con el objeto de ofrecer y desahogar pruebas. A pesar de

(58) Texto vigente del artículo 19 Constitucional, que fue trasladado de la fracción XVIII del artículo 107 Constitucional en virtud de las reformas del 3 de septiembre de 1993

(59) Colín Sánchez, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales". Ed. Porrúa. México, 1966. p.306.

que dichos artículos benefician al inculcado, en estricto derecho quebrantan lo estatuido por la Constitución, toda vez que ella no registra ninguna prórroga del auto de término constitucional.

II.- Que se le haya tomado la declaración preparatoria al inculcado en los términos de ley, o bien, conste en el expediente que se negó a emitirla.

La declaración preparatoria es un acto procesal complejo que conforme al sistema penal mexicano, tiene lugar después de haberse dictado auto de radicación y durante las primeras cuarenta y ocho horas de haber sido consignado el inculcado ante el órgano jurisdiccional, que habrá de decidir su situación jurídico penal.

La naturaleza jurídica de la declaración preparatoria, es la de un derecho fundamental del individuo garantizado en la Constitución. Procesalmente, equivale a un acto de comunicación del juez por el que empiaza y hace saber al inculcado la acusación penal y su detención, con el objeto de que pueda defenderse legalmente o como se dice en nuestros foros, para que conteste al cargo. (60)

Es necesario mencionar que el interrogatorio en la declaración preparatoria es de suma importancia, porque con él se puede demostrar que un probable responsable de un delito pudo haber sido detenido ilegalmente esto es, por haber una detención previa a la denuncia, o bien, por haber sido arrancada su confesión por medio de la violencia física o moral, por existir detención prolongada que presume coacción moral para el detenido o que exista una excluyente de responsabilidad.

(60) Díaz de León, Marco Antonio. "Diccionario de Derecho Procesal Penal". Tomo I. Ed. Porrúa. México. 1966. p.559.

Ahora bien, dentro de esta etapa procedimental, hay que tener en cuenta los siguientes puntos:

A) Es una audiencia constitucional.

En efecto, es una audiencia constitucional precisamente porque el artículo 20 del Pacto Federal así lo establece en la fracción III que determina:

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

B) No es una continuación de la averiguación previa.

Generalmente el ministerio público trata de perfeccionar la acusación, a través de interrogar al probable responsable de un delito, sobre hechos que debieron tratarse en la averiguación previa. No debemos olvidar que ya en esta etapa procedimental, el ministerio público deja de ser autoridad y se convierte en parte procesal.

Como claramente lo expresa el artículo 20 Constitucional, el espíritu que campea en el momento en que se rinde declaración preparatoria es el de dignidad, dignidad por parte del tribunal encargado de "recibir" la declaración del inculcado con pleno y total respeto a los derechos del hombre, que son el sustrato de las garantías individuales.

Así, el principio de dignidad será respetado cuando solamente se tenga como válida la confesión que se haga ante un tribunal, en el cual el inculpado tenga la garantía de ser oído libre y espontáneo en sus declaraciones.

III.- Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito por el cual deba seguirse el proceso.

El espíritu del artículo 19 Constitucional, persigue el fin de que se determine con toda precisión, el delito o delitos que se imputan a un Indiciado, porque en caso contrario, el Indiciado no tendría una base fija para su defensa, que es el objeto que busca el artículo 19 Constitucional, al determinar que todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión; por otra parte, el tan citado artículo no se refiere tan sólo al nombre o a la clasificación del delito, sino al hecho o hechos delictuosos, y tan es así, que ordena que se hagan constar los elementos que constituyen el delito, a fin de fijar exactamente el hecho delictuoso. (61)

Asimismo, en el propio auto de término constitucional deben de precisarse y estudiarse las calificativas, en el caso que lo solicite el representante social en su pliego de consignación, toda vez que el no hacerlo implica violaciones al derecho de introducir las pruebas del inculpado, y de rebatir las de la contraria, a la imputación; toda vez que no existe descripción detallada, precisa y clara del hecho, ni calificación legal del mismo y a la intimidación por no ser concreta, por abarcar sólo los hechos del tipo básico sin establecerse los de las

(61) Quinta Época. Tomo XXV. p.1334.

circunstancias calificantes, no es integral por ocultarse circunstancias relevantes resultantes de la averiguación previa, no es completa por no detallarse la totalidad de la imputación y no es oportuna ya que las calificativas serán establecidas hasta las conclusiones privando del derecho de defensa del inculpado.

IV.- Que el delito sea sancionado con pena privativa de libertad;

Uno de los requisitos esenciales para dictar un auto de formal prisión es que el delito que se le impute al indiciado se castigue con pena privativa de libertad. Su fundamento constitucional se encuentra en el primer párrafo del artículo 18 de dicho ordenamiento que establece:

"Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva".

Por lo antes expuesto, es violatorio de garantías el auto de formal prisión, si el delito que se impute al acusado se castiga con pena alternativa de prisión o multa. (62)

V.- Que no esté acreditada alguna causa de licitud.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación establece que: "Las autoridades judiciales tienen la 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 se justifiquen en forma plena e indiscutible". (63)

(62) Quinta Epoca. Tomo XLV, p. 936. Liscano Blas. Apéndice 1917-1975. Primera Sala. Núm. 42. p. 98

(63) Quinta Epoca. Apéndice 1917-1988. Segunda Parte. p. 503.

En concordancia con estas ideas el artículo 17 del Código Penal vigente para el Distrito Federal establece:

"Las causas de exclusión del delito se investigarán y resolverán de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento"

VI.- Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que hagan probable la responsabilidad del indiciado; y

En virtud de que en un punto anterior se estudió la "probable responsabilidad", solo quiero agregar la siguiente jurisprudencia de nuestros más altos tribunales sobre dicho tema:

"TESTIGO SINGULAR. INSUFICIENCIA DE SU IMPUTACION DIRECTA. NO APOYADA EN OTROS DATOS, PARA DICTAR UN AUTO DE FORMAL PRISION.- La sola imputación de un testigo que afirma que el indiciado le platicó ser el responsable de un ilícito no es suficiente para fincar a éste un auto de formal prisión, si no está corroborada por otros datos que la hagan verosímil, y en su conjunto probable la responsabilidad del inculcado".
(64)

VII.- Los nombres y firmas del juez que dicte la resolución y del secretario que lo autorice.

Este requisito encuentra su fundamento en el artículo 14 del Pacto Federal al referirse a "las formalidades esenciales del procedimiento", y es desenvuelto por el artículo 74 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que establece:

(64) Amparo en revisión 38/94. Antonio Vargas Coronado. 17 de marzo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Rivas Pérez. Octava Época. Tomo XIII. p.530.

"Las resoluciones se proveerán por los respectivos Magistrados o Jueces, y serán firmados por ellos y por el Secretario".

"Del anterior lenguaje jurídico se desprende que toda resolución judicial no sólo debe estar firmada por el juez que la emite, sino además por el secretario respectivo, porque desde el punto de vista legal es la firma de éste la que le da la autenticidad a los acuerdos, y por ende, es condición imprescindible para su validez plena y existencia legal, en términos del citado artículo 74 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal; ante tal circunstancia al prescindir un auto de formal prisión de tal requisito, no puede considerarse como jurídica y plenamente válido y existente, toda vez que para que alcanzara realidad legal era menester que estuviese firmado no solamente por el juez que la pronunció, sino además por el secretario, a quien correspondía autorizarla en términos que señala la ley ordinaria, por lo que se concluye que el acto reclamado no cumplió con las formalidades esenciales del procedimiento a que se refiere el artículo 14 Constitucional..". (65)

El anterior criterio, actualmente es muy solicitado por los jueces de distrito en materia penal del Distrito Federal. Si bien es cierto que es correcto su razonamiento, también lo es que en él se apoyan para conceder el amparo y protección de la justicia federal a los quejosos que por la vía del amparo, pretenden alliviar su situación jurídica. Pero se encuentran con la sorpresa de que el amparo se concede "para efectos" de que la autoridad responsable declare insubsistente el auto de término constitucional en que omitió la firma y dicte uno nuevo "en donde ya sea firmado por el secretario de acuerdos".

(65) Criterio de la sentencia de amparo indirecto 394/95 resuelto por el Juez Primero de Distrito del Distrito Federal en Materia Penal.

Como se verá, esta resolución del juez de distrito "nada aclara a los doctos ni enseña a los profanos", puesto que después de haber esperado cuatro meses aproximadamente en que el juzgador de distrito resolviera, emite su sentir en el sentido de que se vuelva a dictar, y en consecuencia sin haber entrado al estudio del fondo del asunto, convirtiéndolo al amparo con dicho proceder, sólo en un trámite burocrático

Con lo anterior los juzgadores de distrito olvidan lo establecido por la Suprema Corte de Justicia al expresar:

"AUTO DE FORMAL PRISION SIN FIRMA DEL SECRETARIO. NO ES ILEGAL.-Suponiendo que el auto de formal prisión reclamado en amparo no hubiese estado firmado por el secretario en el momento en que fueron expedidas las copias certificadas, esta circunstancia de ninguna manera implicaría la ilegalidad del auto combatido sino que en todo caso sería motivo para que se impusiera al funcionario responsable alguna corrección disciplinaria por faltar a sus obligaciones". (66)

ITEM MAS, nuestros más altos tribunales han sostenido el siguiente criterio:

"AUTO DE FORMAL PRISION. EXAMEN DE LOS REQUISITOS DE FONDO Y FORMA DEL, EN EL AMPARO.- Es contraria a la técnica del juicio de amparo la conducta del juez de distrito que consiste en limitarse a estudiar en su sentencia, cuando el acto reclamado es el auto de formal prisión, la cuestión relativa a si en ese mandamiento se llenaron los requisitos de forma a que se contrae el artículo 19 Constitucional y a conceder el amparo lisa y llanamente. Lo debido es, conforme a las jurisprudencias

(66) Amparo en revisión. 411/88, Francisco Campos Sánchez. 10 de enero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Carrillo Rangel. Secretario: Mario Machorro Castillo. Octava Época Tomo XIV. p.470.

números 279 y 284 y a la segunda tesis relacionada con esta última, consultables en las páginas cuatrocientos noventa y cuatro, cuatrocientos noventa y nueve y quinientos, respectivamente, de la Segunda Parte del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación editado en mil novecientos ochenta y nueve, apreciar las pruebas del proceso para determinar primeramente si se encuentran o no satisfechos los requisitos de fondo concernientes a la comprobación del cuerpo del delito y a la probable responsabilidad del quejosos en su comisión, y sólo en la hipótesis afirmativa pasar al estudio del cumplimiento o incumplimiento de los formales, para que en caso de que no se hayan satisfecho conceder la protección constitucional solamente para que esa omisión sea subsanada". (67)

(67) Amparo en revisión 146/92. Miguel Palestina Oliver y otro. 10 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez. Secretario: Heriberto Sánchez Vargas. Octava Época. p. 8.

I.4.- EL AUTO DE SUJECION A PROCESO

"El auto de sujeción a proceso -nos dice el excelente procesalista-Manuel Rivera Silva- (68) es una resolución que se dicta cuando se estima que hay base para iniciar un proceso, por estar comprobados el cuerpo del delito (ahora elementos del tipo) y la probable responsabilidad".

La diferencia que tiene con el auto de formal prisión, reside en que en el auto de sujeción a proceso se dicta cuando el delito imputado no tiene señalada únicamente pena corporal.

El fundamento legal de lo anterior, se encuentra establecido en el artículo 18 Constitucional, que señala:

"Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a la prisión preventiva".

Este mismo pensamiento se reitera en los artículos 301 del Código del Distrito y 162 del Código Federal. Es pertinente aclarar que el artículo 301 del Código del Distrito Federal fué reformado el 4 de enero de 1984 y que reiterándose en la antigua redacción expresa:

"Cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable, el imputado no deba ser internado en prisión preventiva y existan elementos para suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá solicitar al Juez fundada y motivadamente o éste disponer de oficio, con audiencia del imputado, el arraigo de éste con las características y por el tiempo que el

(68) Rivera Silva, Manuel."El Procedimiento Penal". Ed.Porrúa,México.1992. pp.170-171.

juzgador señale, sin que en ningún caso pueda exceder del término en que deba resolverse el proceso".

Como es de observarse lo fundamental en la reforma es la posibilidad de decretarse el arraigo, como sucede en el artículo 205 reformado del Código Federal de Procedimientos Penales.

El auto de sujeción a proceso tiene todos los requisitos de fondo y forma del auto de formal prisión y en él se ve claramente, que su objeto está (como también del auto de formal prisión) en dar base a un proceso. El auto de sujeción a proceso surte todos los efectos del auto de formal prisión, con excepción del relativo a la prisión preventiva, según se desprende del artículo 304 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que a la letra reza:

"El auto de sujeción a proceso deberá contener los requisitos señalados en las fracciones I, II, III, V, VI y VII del artículo 297 de este código y la sanción sea no privativa de libertad o bien, alternativa o disyuntiva".

"Conviene señalar -dice el Ministro Rivera Silva- (69) que en relación con el auto de sujeción a proceso, pueden presentarse dos situaciones:

a) Cuando se ejercita la acción penal sin detenido, en cuyo caso no hay problema referente a la prisión preventiva, pues el auto en cita, como ya se indicó, no da base ni puede justificar dicha prisión; y

(69) Idem, p.171.

b) Cuando el ministerio público ejercita la acción penal con persona detenida, por estimar que el delito merece pena corporal, si en el término de setenta y dos horas se comprueba que el reato no merece exclusivamente pena corporal, al dictarse el auto de sujeción a proceso se debe ordenar de inmediato la libertad del inculpado.

Para la clara comprensión de la segunda hipótesis, pléñese, por ejemplo, en el caso de que al consignarse se estimó, por certificado médico provisional, que las lesiones inferidas eran de las que tardan en sanar más de quince días y que durante el período de preparación del proceso, se rinde dictámen médico definitivo, estableciéndose que el sujeto se encuentra sano y las lesiones tardaron en sanar menos de quince días. En este caso, al dictarse el auto de sujeción a proceso, se debe de poner en libertad al inculpado, en tanto que las lesiones levísimas son sancionadas con pena alternativa y éstas nunca pueden justificar la prisión preventiva en los términos glosados en renglones anteriores.

AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR

Cuando no se pueden acreditar los elementos del tipo penal o la probable responsabilidad, no existen como pulcramente dice el Código Federal, "elementos para procesar" y, por tanto, se debe decretar la libertad (artículos 302 del Código de Distrito y 167 del Federal).

"La resolución en estudio -manifiesta el Licenciado Manuel Rivera Silva- (70) lo único que determina es que hasta las setenta y dos horas, no hay elementos para procesar; mas no resuelve, en definitiva, sobre la inexistencia de un delito o la responsabilidad de un sujeto. Por tanto,

(70) Idem. pp.171-172.

la misma resolución no impide que datos posteriores permitan proceder nuevamente en contra del inculpado. Es este el sentido que guarda la frase ya consagrada: "con las reservas de ley".

II. CONSECUENCIAS DEL AUTO DE FORMAL PRISION

II.1.- ARTICULO 19 CONSTITUCIONAL

Las consecuencias que produce el auto de formal prisión según el maestro Rivera Silva (71) son las siguientes:

I. Da base al proceso.- El auto de formal prisión, al dejar comprobados el cuerpo del delito (hoy elementos del tipo penal) - y probable responsabilidad, da base a la iniciación del proceso. Solicita así la sistemática intervención de un órgano jurisdiccional que decida sobre un caso concreto.

Sin esta base, sería ocioso el proceso, pues obligaría a actuar a un órgano jurisdiccional, para decir el derecho en un caso en que, por no tenerse acreditados los elementos presupuestales, no necesita la prosecución de la intervención del tribunal. En otras palabras el juzgado debe continuar actuando cuando crea se pueden presentar los elementos condicionantes de las consecuencias fijadas en la ley y esa creencia se justifica con el auto de formal prisión: sin ella es inútil cualquier proceder.

II. Fija tema al proceso.- Dando base al proceso el auto de formal prisión, como consecuencia lógica, señala el delito por el que debe seguirse el proceso, permitiendo así que todo el desenvolvimiento posterior (defensa, acusación y decisión) se desarrolle de manera ordenada.

(71) Idem. pp.168-169.

En este sentido el maestro Sergio García Ramírez manifiesta lo siguiente: "En cuanto a los numerosos e importantes efectos del auto, a la cabeza cita Rivera Silva: da base al proceso. No compartimos sin embargo, esta opinión, pues ya hemos indicado que a nuestro modo de ver el proceso comienza verdaderamente con el auto de radicación o inicio. En tal virtud, el de formal prisión se produce ya dentro de un proceso en marcha". (72)

Sin embargo, la opinión del maestro García Ramírez se encuentra contradecida por lo estipulado en el artículo 19 de nuestra Constitución Federal, toda vez que el período de proceso, se inicia con el auto de formal prisión: "Todo proceso, -reza el mencionado precepto legal,- se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión". Es lógico pensar que si, en los términos transcritos, se habla de seguir un proceso después del auto de formal prisión, es porque éste lo inicia.

Por otra parte, el maestro Arilla Bas en lo que respecta a este punto, se cuestiona lo siguiente: "¿Se puede dictar sentencia por diverso delito señalado en el auto de formal prisión, es decir, se puede cambiar en la sentencia la clasificación del delito?. La solución, doctrinariamente muy discutida, la encontramos en la fracción XVI del artículo 160 de la Ley de Amparo. Este precepto, después de disponer que "en los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento y privado de defensa al quejoso cuando seguldo el proceso por el delito determinado en el auto de formal prisión, el quejoso fuere sentenciado por delito diverso", agrega que "no se considerará que el delito es diverso cuando el que se expresa en la sentencia sólo difiera

(72) García Ramírez, Sergio. "Curso de Derecho Procesal Penal". Ed. Porrúa, México, 1974, p. 372.

en grado del que haya sido materia del proceso, ni cuando se refiera a los mismos hechos materiales que fueron objeto de la averiguación, siempre que, en este caso, el Ministerio Público haya formulado conclusiones acusatorias cambiando la clasificación del delito hecha en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso y el quejoso hubiese sido oído en defensa sobre la nueva clasificación durante el juicio propiamente tal". (73)

Ahora bien, el tan debatido problema del cambio de clasificación del delito, halla fácil solución. El juez, en el auto de formal prisión puede cambiar la hecha por el Ministerio Público en la consignación, siempre que se trate de los mismos hechos, ya que el delito por el cual se ha de seguir el proceso se define en el auto de formal prisión y no antes. No puede hacerse, en cambio, por regla general, durante la instrucción, salvo en el caso, muy común en la práctica, del cambio de lesiones a homicidio.

III. Inicia el período del proceso, abriendo el término de la fracción VIII del artículo 20 Constitucional.

El artículo 20 fracción VIII Constitucional a la letra reza:

"Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa".

De las reformas que sufrió el precitado artículo 20 Constitucional a

(73) Arilla Bas, Fernando. ob. cit. p.91.

partir del día 03 de septiembre de 1993, en la fracción a comento se le agregó la siguiente parte: "salvo que solicite mayor plazo para su defensa".

Dicha modificación corresponde al hecho de que en la práctica muchos jueces o secretarios de acuerdos utilizaban la fracción VIII en estudio, para no desahogar las pruebas ofrecidas por el procesado o su defensor, o en el mejor de los casos "apresuraban" el desahogo de las pruebas, teniendo como consecuencia graves perjuicios en su defensa. Por lo tanto, el legislador quiso que prevalecieran las garantías de audiencia y defensa sobre la pronta impartición de justicia. Según se desprende de la siguiente jurisprudencia:

"GARANTIA DE DEFENSA. TIENE PREFERENCIA SOBRE OTRAS GARANTIAS DEL REO.- Si bien es cierto que la fracción VIII del artículo 20 Constitucional señala que los acusados de un delito serán juzgados antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no excede de dos años de prisión, y antes de un año si la pena máxima excediere de ese tiempo, también lo es que si la defensa de un procesado ofrecen en favor de éste diversas pruebas cuyo periodo de desahogo hace imposible que se dicte sentencia en el plazo que señala la mencionada fracción, es claro que deberán desahogarse las probanzas ofrecidas y admitidas por la Constitución en favor del gobernado, como son las establecidas en la fracción V y VIII del mencionado artículo 20 de la Carta Magna, y debiendo anteponer unas a las otras, lógicamente que deberán prevalecer las que favorezcan más a dicho gobernado, es decir, las de audiencia y defensa sobre la de pronta impartición de justicia, pues lo contrario acarrearía graves perjuicios en contra de éste, al verse compelido a

ajustar su defensa al corto tiempo de que dispondría para ello de acuerdo con la mencionada fracción VIII del artículo constitucional aludido, lo que implicaría una verdadera denegación de justicia". (74)

IV. Justifica la prisión preventiva. En cuanto el auto de formal prisión concluye afirmando la exigencia de un proceso, lógicamente señala la necesidad de sujetar a una persona al órgano jurisdiccional que tenga que determinar lo que la ley ordena y, por ende, el que no se sustraiga a la acción de la justicia. Sólo cuando hay base para un proceso (relacionada con un delito sancionado con pena corporal) debe prolongarse la detención del indiciado. Es este el espíritu del artículo constitucional que manifiesta que la detención por más de setenta y dos horas debe justificarse con un auto de formal prisión (artículo 19).

V. Justifica el cumplimiento del órgano jurisdiccional, de la obligación de resolver sobre la situación jurídica del indiciado dentro de las setenta y dos horas.

VI. Por último, suspende los derechos de la ciudadanía. (Artículo 38 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

"Para los efectos de la práctica -manifiesta el Ministro Manuel Rivera Silva- (75) los autos de formal prisión dictados por los jueces penales, constan generalmente, de cinco puntos resolutivos:

1. La orden de que se decreta la formal prisión, especificándose contra quién y por qué delito;

(74) TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO. Amparo en revisión 101/88. Rafael Caro Quintero y coagraviados. 25 de mayo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonso Nuñez Salas. Secretario: Francisco Javier Ruvalcaba Guerrero. Informe 1988. Tercera Parte. Tribunales Colegiados. p.533.

(75) Ob. cit. p.169.

2. Orden de que se identifique por los medios legales al procesado;
3. Orden de que se solicite informe de anteriores ingresos;
4. Orden de que se notifique en los términos fijados en la ley;
5. La orden de que se notifique personalmente la resolución al procesado cuando proceda el recurso de apelación. (Artículo 104 del Código Federal) (sucede en todos los casos, por lo que sería suficiente el punto anterior)".

A partir de las reformas del Código del Distrito a que nos hemos venido refiriendo, entre los puntos resolutivos deberá intercalarse, según señalamos, la declaración de quedar abierto el procedimiento sumario, poniéndose el proceso a la vista de las partes, y en los casos en que se trate del procedimiento ordinario, únicamente señalar lo concerniente a la orden de poner el proceso a la vista de las partes, indicándose el término para el ofrecimiento de pruebas.

Por último, de las consecuencias del auto de formal prisión la Suprema Corte de Justicia ha establecido lo siguiente: "...puede restringirse la libertad de una persona, con todas las gravísimas consecuencias que tal acto trae aparejadas, en el orden moral, por la depresión psicológica y opresión anímica que experimenta el que lo resiente; en el orden social, por cuanto el mismo se mira segregado de la sociedad, en la que despierta un sentimiento de alejamiento hacia su persona, tal cual una cuarentena ineludible; en el orden económico, por cuanto significa en repetidas ocasiones, la pérdida del empleo, la

suspensión de sus créditos y el desnivel, por consecuencia, del deber y haber de su vivir cotidiano; en el orden familiar, en tanto que un acto de esa naturaleza, hace descender la calidad de la familia, que se siente confundida ante la sociedad de la que forma parte, por no poder ignorar que uno de sus miembros se encuentra procesado; y en el orden jurídico, por todo ese cortejo penoso y abrumador del registro carcelario, fichamiento, comparecencias judiciales, etc...". (76)

(76) Tomo XCVII. Amparo Penal en revisión 2,312/48.-González Muñoz de Cote, Enrique. 9 de septiembre de 1948. Unanimidad de 5 votos.

II.2.- LA RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL

"La historia de la humanidad -dice Erich Fromm- (77) no sólo es un proceso de individuación creciente, sino también de creciente libertad. El anhelo de libertad no es una fuerza metafísica y no puede ser explicada en virtud del derecho natural; representa, por el contrario, la consecuencia necesaria del proceso de individuación y del crecimiento de la cultura. Los sistemas autoritarios no pueden suprimir las condiciones básicas que originan el anhelo de libertad; ni tampoco pueden destruir la búsqueda de libertad que surge de esas mismas condiciones".

Por su parte, Eduardo J. Couture en el octavo mandamiento del abogado manifiesta: "TEN FE. Ten fe en el derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como destino normal del derecho; en la paz, como sustitutivo bondadoso de la justicia; y sobre todo, ten fe en la libertad, sin la cual no hay Derecho, ni Justicia, ni Paz". (78)

En este orden de ideas, afirmamos que la libertad es uno de los bienes más preciados del hombre y en virtud de que uno de los efectos del auto de formal prisión es justificar la prisión preventiva de un procesado, para ello deben acreditarse en forma plena los elementos del tipo penal del delito que se trate, y una vez comprobada la existencia del delito entrar al estudio de la responsabilidad del inculcado. Solo de esta forma se puede respetar la garantía de seguridad jurídica de un gobernado.

Este mismo criterio lo exige la Suprema Corte de Justicia de la

(77) Fromm, Erich. "El miedo a la libertad". Ed. Paidós. México. 1992. p.35.

(78) Couture J., Eduardo. "Los mandamientos del abogado". Ed. Depalma. Buenos Aires. 1986. p.51.

Nación en la siguiente jurisprudencia:

"FORMAL PRISION. RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ACUSADO, COMO SE DETERMINA.- Para poder establecer la probable responsabilidad de un acusado en la comisión de un delito que se le impute, lo primero que tiene que definirse es si el delito existe o no, estudiando los hechos imputados a la luz de las disposiciones penales que los definen como delictuosos, expresando sus elementos constitutivos y como quedaron probados en autos; ya que de no comprobarse el cuerpo del delito, base fundamental de todo auto de formal prisión, resultaría ocioso e ilógico, desde el punto de vista jurídico, entrar al estudio de la responsabilidad del inculcado, para dictarle auto de formal prisión, solo por este concepto, independientemente si el delito existe, pues es obvio que mientras no se demuestre la existencia de un ilícito penal, no puede hablarse de responsabilidad, ni probable, ni de ninguna otra especie, en su comisión". (79)

Ahora bien, la Constitución establece la prisión preventiva (artículo 18) para quienes se encuentran procesados "por delito que merezca pena corporal". Al respecto, se abre un debate, que se encuentra lejos de cerrarse, entre quienes afirman que, mediante la prisión preventiva, se priva de la libertad al procesado sin que medie juicio, es decir, se le sanciona para determinar si se le debe sancionar, lo cual es violatorio de la garantía de previo juicio contenida en el artículo 14 Constitucional y aquellos otros que señalan que la prisión preventiva es una medida cautelar y provisional que se justifica por la necesidad social de preservar el proceso penal y de asegurar la ejecución de la pena.

(79) Amparo en revisión. 35/1967, Febrero 12 de 1967, Unanimidad, Tribunal Colegiado del Tercer Circuito. Monterrey. p.250.

En todo caso, el artículo 20 Constitucional, en sus fracciones I, VIII y X, contiene normas que imitan la duración de la prisión preventiva, o bien la substituyen por una garantía patrimonial que permite la libertad del procesado. La fracción VIII dispone que el procesado será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena máxima excediere de ese tiempo, salvo que se solicite mayor plazo para su defensa. Es evidente que los plazos que ahí se fijan para la conclusión del proceso exigen la cesación de las consecuencias del mismo, la prisión entre ellas. Por su parte la fracción X dispone que en ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo; agrega que tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso, y concluye disponiendo que en toda pena de prisión que imponga una sentencia se computará el tiempo de la detención.

Por último, retomando la idea de que una de las consecuencias del auto de formal prisión es justificar la prisión preventiva del sujeto, es a partir de este momento donde aquella se inicia. En tal virtud, queda transformada en prisión preventiva la mera detención que hasta ese momento, en su caso, hubiera tenido lugar. Tómese en cuenta, a esta altura que el auto no revoca por sí, en forma automática, la libertad provisional que anteriormente se hubiese concedido, a menos que la revocación conste en el propio auto.

Según algunos autores, con el mismo auto se opera un cambio en la

situación jurídica del inculpado, cambio que se vincula con la mutación de la detención en prisión preventiva. Así, el inculpado cesaría de ser detenido para pasar a ser procesado.

Según se desprende de la siguiente jurisprudencia de nuestros más altos tribunales que a la letra establece:

"LIBERTAD PERSONAL, RESTRICCIÓN DE LA (CAMBIO DE SITUACIÓN JURÍDICA)

.- La libertad personal puede restringirse por cuatro motivos: la aprehensión, la detención, la prisión preventiva y la pena; cada uno de los cuales tiene características peculiares. El conjunto de normas jurídicas que condicionan y rigen la restricción de la libertad, en los distintos casos de que se ha hablado se llama situación jurídica anterior, pues cada forma de restricción de la libertad excluye a las otras, y por lo mismo, desaparecen los efectos del acto reclamado, y es improcedente el amparo contra la situación jurídica anterior". (80)

(80) Quinta Epoca: Tomo XXVIII, pág. 1405, López Valentín, Jurisprudencia. 1113 (Quinta Epoca). Apéndice 1917-1988, Segunda Parte, Pág. 1788, Apéndice 1917-1985, Jurisprudencia 157, Segunda Parte, Pág. 319, Apéndice 1917-1975, Jurisprudencia 186, Segunda Parte, Pág. 389, Apéndice 1917-1965, Jurisprudencia 182, Pág. 364, Apéndice 1917-1964, Jurisprudencia 62

II.3.- LA LIBERTAD PROVISIONAL

Las leyes según se opina generalmente establecen y reglamentan la libertad caucional, conciliando dos intereses opuestos: el interés público de que el procesado permanezca en prisión preventiva durante el proceso, con el fin de garantizar la efectividad de la sentencia, y el interés privado del procesado, quien tiene derecho a que se le presuma su inocencia en tanto no haya sido condenado por sentencia ejecutoriada. Sin embargo, pienso que esta tesis no ha inspirado la teleología de la fracción I del artículo 20 Constitucional, ya que el auto de formal prisión establece una presunción de responsabilidad, obviamente contraria a la presunción de inocencia. El fundamento de la libertad caucional radica en el hecho de que el interés público de garantizar la efectividad de la sentencia admite una graduación de mayor a menor, de acuerdo con la gravedad del delito objeto del proceso, de manera que cuando el procesado es presuntamente responsable de un delito de menor gravedad, la prisión preventiva puede ser sustituida por la caución, es decir la *pignus corporis* se cambia por la *pignus pecuniae*, la prisión por el dinero.

El texto original de la fracción I del artículo 20 Constitucional decía: "Inmediatamente que lo solicite (el acusado) será puesto en libertad bajo fianza hasta de diez mil pesos, según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito merezca ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión y sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla".

Conforme a la primera interpretación que se dio al texto constitucional, éste fijaba como límite para la obtención de la libertad una pena máxima de cinco años de prisión. Consecuentemente el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1931, en su artículo 556, dispuso:

"Todo acusado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, siempre que el máximo de la sanción corporal correspondiente al delito imputado no exceda de cinco años de prisión...".

En este punto Zamora-Pierce hace un comentario interesante al decir: "El Lic. Víctor Velázquez sostuvo, en diversas defensas, que, antes de que se dictara la sentencia, no podía determinarse concretamente cual era la pena que correspondía al procesado, dentro de los límites mínimos y máximos establecidos por el Código Penal, por lo que, en justicia, debería entenderse que la Constitución se refería al término medio aritmético. Fundó su razonamiento, entre otros, en los artículos 52 y 118 del Código Penal, señalando que ya dicho código, en el artículo últimamente citado, establece que para la prescripción de las acciones penales se tendrá como base el término medio aritmético de las sanciones imponibles. La Corte aceptó su argumento, declaró inconstitucional el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales y afirmó que la libertad bajo fianza a la que se refería la fracción I del artículo 20 Constitucional debería concederse atendiendo al término medio aritmético de la pena. La primera ponencia en este sentido fue obra del Ministro Salvador Urbina. Fue posteriormente confirmada por varias ejecutorias y constituyó, finalmente, la Tesis 333 de Jurisprudencia Definida, publicada en el Tomo LXIV del Semanario Judicial de la Federación". (81)

(81) Zamora-Pierce, Jesús. "Garantías y Proceso Penal". (El artículo 20 Constitucional). Ed. Porrúa. México. 1984. pp.31-32.

Posteriormente, en 1947-1948, se reformó el texto del artículo 20 Constitucional para introducir, entre otras modificaciones, el principio de que la libertad procede siempre que el delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión. Pero recordemos que, aun antes de la reforma, el texto constitucional era ya interpretado jurisprudencialmente en ese sentido.

El artículo 20 Constitucional en su fracción I fué modificada en 1984 y el día 03 de septiembre de 1993 sufrió su última reforma.

La fracción I del artículo 20 de la Carta Magna dispone hoy día que el inculcado "Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculcado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio". En consecuencia, el juzgador debe otorgar la libertad provisional bajo caución, y queda a la ley secundaria -la federal y las locales, conforme a las decisiones autónomas de los poderes legislativos correspondientes- resolver expresamente en qué casos no será accesible ese beneficio. Hay, pues predeterminación en ambos extremos.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece en su artículo 268 de los delitos que se califican como graves, mientras que en el Código Federal se encuentran estipulados en el artículo 194.

El artículo 268 antes citado a la letra establece:

"...Para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad se clasifican como delitos graves, los siguientes: Homicidio por culpa grave previsto en el artículo 60 párrafo tercero, terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero; evasión de presos previsto en los artículos 150 y 152; ataques a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; corrupción de menores previsto en el artículo 201, trata de personas previsto en el artículo 205 segundo párrafo; explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal previsto en el artículo 208; violación previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; asalto previsto en los artículos 286 párrafo segundo y 287; homicidio previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315 bis, 320 y 323; secuestro previsto en el artículo 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado previsto en los artículos 367 en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracción VIII, IX y X, y 381 bis; extorsión previsto en el artículo 390; y despojo previsto en el artículo 395 último párrafo, todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal; así como el de tortura previsto en los artículos 3º y 5º de la Ley para Prevenir y Sancionar la Tortura".

Ahora bien, respecto a los requisitos para alcanzar la libertad provisional, el artículo 20, fracción I Constitucional, dispone que:

"Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder ese beneficio.

El monto y la forma de la caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial".

Es evidente que en el texto constitucional lo que sustituye a la detención provisional es precisamente el dinero, y por tanto, es el dinero el que garantiza que el inculpado no se va a sustraer del procedimiento penal.

"A nivel constitucional -dice Mancilla Ovando- la determinación de la garantía económica, es una facultad discrecional que no podrá desbordar los máximos que se indican. Dentro de ese espacio jurídico, el juzgador determinará la caución, teniendo presente la gravedad del delito y las circunstancias personales del inculpado; en estas últimas, adquiere especial importancia la situación económica de quien solicita la libertad caucional, las cuales son factor que determina el monto de la garantía, para que no se haga nugatorio el ejercicio de ese derecho procesal". (82)

En este sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dictado jurisprudencia que a la letra reza:

"SITUACION ECONOMICA DEL ACUSADO (FIANZA CARCELARIA).- Si al

(82) Mancilla Ovando, Jorge Alberto. "Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal". (Estudio Constitucional del Proceso Penal). Ed. Porrúa. México. 1988. p.152

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

.79

procesado se le señala, para gozar de la libertad caucional, una garantía teniéndose únicamente en cuenta para ello la gravedad del delito que se le imputa, sin considerar su situación personal y sus condiciones económicas en el momento de delinquir, se vulnera, en su perjuicio, la garantía que otorga el artículo 20, fracción I de la Constitución Federal". (83)

En este orden de ideas, al expresar la Ley Fundamental: "El monto y la forma de la caución que se fije deberán ser asequibles para el inculcado", autoriza otorgar la garantía económica, además de exhibir el dinero, mediante figuras jurídicas como el depósito financiero, la fianza brindada por institución crediticia, el contrato de hipoteca, prenda y mediante el fideicomiso.

Por lo tanto, la garantía económica debe otorgarse potestativamente por el procesado en la forma que más le beneficie, pues es un derecho que integra su esfera jurídica de libertad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación así lo ha determinado:

"LIBERTAD CAUCIONAL, QUE GARANTIA DEBE EXIGIRSE PARA CONCEDERLA.- El artículo 20, fracción I, de la Constitución Federal, determina que el acusado debe ser puesto inmediatamente en libertad bajo fianza, hasta por diez mil pesos, siempre que el delito no merezca más de cinco años de prisión y sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal, bastante para asegurarla; de manera que el requisito de ese precepto constitucional, se llena por el interesado, dando cualquiera de las

(83) Tesis visible en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1965, Segunda Parte, Primera Sala. Número 276. p.550.

garantías mencionadas, siempre que sean a satisfacción del juez y, por lo mismo, es ilegal la exigencia de una de esas garantías precisamente, porque la ley no concede al juez facultades para optar por alguna de ellas y es racional entender que el derecho de opción corresponde al acusado". (84)

Se desprende de la situación jurídica anterior que el juez tiene facultad para fijar el monto de la caución; pero no de imponer la forma de garantizarse. De tal manera que cualquier exigencia que formule la autoridad judicial en ese sentido, constituye una violación a la garantía individual del inculcado.

Ahora bien, dicha garantía debe cubrir, según lo exige el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, los siguientes aspectos:

I.- Garantizar el monto estimado de la reparación del daño;

II.- Garantizar el monto estimado de las sanciones pecuniarias que puedan imponérsele;

III.- Que otorgue caución para el cumplimiento de las obligaciones que en términos de la ley se deriven a su cargo en razón del proceso.

En cuanto al momento procedimental en que sea pertinente solicitar y obtener la libertad, el texto constitucional es claro, más es contrariado por la práctica de los tribunales. En efecto, en los términos del artículo 20, fracción I, resulta que la liberación del inculcado debe ser

(84) Ejecutoria visible en el tomo LV, pág.3146, bajo el rubro: Amparo penal en revisión 8076/37. Díaz Arturo y coag. 30 de marzo de 1938.

inmediata, esto es, no se supedita a ningún otro acto procesal, con la salvedad de que sólo puede discernirla el juez, cosa que supone, simplemente, la iniciación del procedimiento judicial, lo cual ocurre cuando se dicta el auto de radicación. Por ello, carece de fundamento la manera de conducirse de nuestros jueces, conforme a los cuales la libertad caucional procede hasta el momento en que el inculpado ha rendido su declaración preparatoria. (85) Dado que el juez puede tomar la declaración preparatoria hasta cuarenta y ocho horas después de que el procesado queda a su disposición, durante ese lapso éste se ve impedido para solicitar y obtener la libertad caucional, como podría hacerlo conforme a la Constitución. Debo señalar que los jueces, en la práctica de los tribunales, atienden siempre a la disposición procesal, con olvido de la norma constitucional.

Y si bien es cierto que con las reformas procedimentales antes citadas se extendió el derecho de los indiciados a solicitar la libertad provisional en la averiguación previa, también lo es que en la práctica, el representante social lejos de concederla, prefiere dar celeridad para integrar la averiguación y consignar con detenido ante el juez en turno y éste decida sobre el otorgamiento del beneficio de que se viene hablando.

A propósito de lo anteriormente escrito, en nuestro país se manejan en una forma bizantina, ridícula y fuera de toda realidad el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, puesto que de nada sirve en nuestro país el que se presuma inocente a una persona detenida, si de todos modos se le impone una prisión preventiva. Y ni el artículo 19, ni el artículo 20 del Pacto Federal establecen como garantía constitucional el derecho público subjetivo de la inocencia, toda vez que

(85) Artículos 290 segundo párrafo del Ordenamiento Procesal del Distrito Federal y 154 del Código Federal.

ambos artículos dan por hecho la detención y ninguno establece que primero tiene que demostrarse la culpabilidad mediante un proceso en el que se le respeten sus garantías, puesto que con base en una sentencia definitiva y sólo con ella se puede restringir la libertad de un ser humano. Pues lo que en nuestro país sucede es doloroso, se impone a una persona la prisión preventiva, desintegrándose en consecuencia la familia, provocando inmediatamente la miseria a los hijos y a la esposa, y después de dos o tres años que tarda en llevarse a cabo el procedimiento, y se le absuelve del delito por el cual fué juzgado, se le dice: "ahora sí ya puede salir porque Usted era inocente".

Por todo lo antes expuesto, creo que debería de reflexionarse seriamente la manera en que en nuestro país se concede la libertad provisional, toda vez que aún cuando sea un delito "grave" el que se le impute a un inculpado, también lo es que existe una gran facilidad de crear delitos y lo más triste es que la propia autoridad los convalide, con las graves consecuencias que ocasiona. Por lo tanto, pienso que la libertad provisional debería de concederse en todos los delitos y fijar otros requisitos para fundamentar la restricción de la libertad.

Lo anterior para hacer vigente el principio adoptado por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre que manda, en su artículo 11, que toda persona acusada de un hecho delictuoso, se presuma inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida.

III.- LAS FORMAS DE IMPUGNACION DEL AUTO DE FORMAL PRISION

Entiende Alcalá Zamora a los medios de impugnación como "actos procesales de las partes dirigidos a obtener un nuevo examen, total o limitado a determinados extremos, y un nuevo proveimiento acerca de una resolución judicial que el impugnador no estima ajustada a derecho, en el fondo o en la forma, o que reputa errónea en cuanto a la fijación de los hechos". (86)

En otra hipótesis, apunta el propia autor, "la marcha normal del proceso, que se resume en los capítulos demanda-contestación-resolución-impugnación, se sustituye por una diversa: demanda-resolución-impugnación constituida esta última por la oposición. Aquí, el inculpado viene al proceso tras de que se ha resuelto en cuanto al fondo, para impugnar, mediante oposición, el pronunciamiento recaído. Obsérvese, por lo demás, que a diferencia del recurso, planteado en una nueva instancia, la oposición se tramita y resuelve en la misma en que se expidió la determinación judicial combatida".

En cuanto a la clasificación más difundida que campea en esta materia el maestro García Ramírez distingue entre los recursos ordinarios y los extraordinarios. "Aquéllos son, como lo delata su título, modos normales de impugnación. Quizás la existencia de cosa juzgada en la resolución que se combate sea el criterio para deslindar entre recursos ordinarios y extraordinarios. Frecuentemente se ubica entre los primeros a la revocación y a la apelación, al paso que entre los segundos se suele citar a la casación y a la revisión. En México habríamos de incluir en el grupo de ordinarios en materia penal a la reposición del procedimiento, e

(86) Citado por García Ramírez, Sergio, ob. cit. p.443.

incorporar a los extraordinarios, posiblemente, el amparo o juicio de garantías, que por cierto aparece un nuevo y distinto proceso". (87)

En este sentido nuestra legislación procesal penal del Distrito Federal en su artículo 409 dentro del Título Cuarto, de los Recursos a la letra reza lo siguiente:

"Art.409.- Cuando el acusado manifieste su inconformidad al notificársele una resolución judicial, deberá entenderse interpuesto el recurso que proceda".

Este precepto prevé que, cuando se le notifica una determinación al acusado y en ese momento manifiesta su inconformidad, al juez corresponde precisar y dar trámite al recurso, para el efecto de que no se le cause perjuicio al procesado por error de técnica jurídica.

Este principio se rige por el brocardo **"NARRA MIHI FACTUM DABO TIBI IUS"**, que comprende al sistema consistente en que al justiciable le corresponde narrar el hecho y al juez aplicar el derecho.

Consecuentemente, si el ministerio público al ser notificado de una resolución determinada, únicamente manifiesta no estar conforme con ella, legal y jurídicamente el juez no debe entender interpuesto el recurso que proceda, pues el representante social, si está obligado a precisar el recurso que interpone. El maestro José Hernández Acero en relación a este tema dice: "El procedimiento penal parte de un doble principio, que consiste en estimar al ministerio público como el técnico conocedor del procedimiento penal y al procesado como el ignorante de ese derecho".(88)

(87) Idem. p.445.

(88) Hernández Acero, José. Criterio que sustenta en las clases que imparte en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

III.1.- LA APELACION (AGRAVIOS)

Caravantes dice al respecto: "1511.Por apelación, palabra que proviene del latín "apellatio", llamamiento o reclamación, es el recurso que hace el que se cree perjudicado o agraviado por la providencia de un juez o tribunal, para ante el superior inmediato, con el fin de que la reforme o la revoque". (89)

"1336.- La apelación legítimamente interpuesta produce dos efectos principales el devolutivo y el suspensivo. El devolutivo consiste en transferir o investir al juez superior del conocimiento del pleito seguido en primera instancia, o de los extremos o partes de la sentencia del inferior que se apeló, según aquella regla: tanto devolutum quanto appellatum, y en privar al juez que pronunció la sentencia apelada de la competencia para conocer de aquel negocio, pero pudiendo ejecutar el fallo, si bien quedara sujeto, cuanto actuare a la revocación o reformas que hiciere la superioridad. Por el efecto suspensivo se suspende la jurisdicción del juez a quo, y en consecuencia, los efectos de la sentencia apelada, de suerte que no puede ejecutarse hasta que recayendo la de la superioridad, quede ejecutoriada. Así es que se tiene por atentatorio del poder jurisdiccional del superior y nulo cuanto hiciere o innovare sobre el negocio controvertido, aun cuando hubiere denegado la apelación si se recurrió de esta negativa a la superioridad, según puede hacerse y expondremos más adelante ...". (90)

Ahora bien, el auto de formal prisión puede ser apelado en el efecto devolutivo, interponiendo el recurso dentro de los tres días siguientes al de la notificación, o reclamado en juicio de amparo. Téngase en cuenta

(89) Citado por Obregón Heredia, Jorge. "Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal". (Comentado y Concordado, Jurisprudencia, Tesis y Doctrina) Ed. Obregón Heredia. México 1992. p.246.

(90) Idem. p.246.

que apelación y amparo se excluyen, de suerte que si se interpone la primera y se promueve el segundo, el amparo sería sobreseído por improcedente, de acuerdo con la fracción XIV del artículo 73 de la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 Constitucional.

Por otra parte, con las reformas que entraron en vigencia el día 1º de febrero de 1994 en los Códigos de Procedimientos Penales tanto Federal como el Común, desde perspectivas diferentes, ambas válidas, los ordenamientos procesales han sostenido posturas distintas.

Así el artículo 363 del Código Federal manifiesta que:

"El recurso de apelación tiene por objeto examinar si en la resolución recurrida no se aplicó la ley correspondiente o se aplicó ésta inexactamente, si se violaron los principios reguladores de la valoración de la prueba, si se alteraron los hechos o no se fundó ni motivó correctamente".

"En cambio, -opina el maestro García Ramírez- el artículo 414 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal dijo que el recurso de apelación tenía "por objeto que el tribunal de segunda instancia confirme, revoque o modifique la resolución apelada". Es obvio que el legislador aludió aquí al objetivo o finalidad que podrían quedar servidos al través del recurso, aunque el recurrente jamás planteara, como es natural, la confirmación de la resolución combatida. El inquieto reformador de 1993 varió de plano el texto del artículo referido, para señalar que el multicitado recurso "tiene por objeto que el tribunal de segunda instancia estudie la legalidad de la resolución impugnada". El

cambio de "resolución apelada" por "resolución impugnada" es desafortunado, o en el mejor de los casos, innecesario. La modificación sobre el fondo del precepto es interesante, aunque también irrelevante". (91)

En consecuencia al tener por objeto la apelación el estudio de la "legalidad" de la sentencia impugnada, debe acatarse a lo dispuesto por el artículo 16 Constitucional que en síntesis se traduce que la resolución se encuentre debidamente fundada y motivada.

Para entender a plenitud lo que es la fundamentación y la motivación es necesario recurrir a la opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que al respecto ha establecido lo siguiente:

"FUNDAMENTACION Y MOTIVACION, GARANTIA DE.- Para que la Autoridad cumpla la garantía de legalidad que establece el artículo 16 de la Constitución Federal en cuanto a la suficiente fundamentación y motivación de sus determinaciones, en ellas debe citar el precepto legal que le sirva de apoyo y expresar los razonamientos que la llevaron a la conclusión de que el asunto concreto de que se trata que las origina, encuadra en los presupuestos que la norma invoca". (92)

"FUNDAMENTACION Y MOTIVACION, GARANTIA DE.- Para cumplir lo preceptuado por el artículo 16 de la Constitución Federal que exige que en todo acto de autoridad se funde y motive la causa legal del procedimiento, deben satisfacerse dos clases de requisitos, unos de forma y otros de fondo, el elemento formal queda surtido cuando en el acuerdo, orden o resolución, se citan las disposiciones legales que se consideran

(91) García Ramírez, Sergio. "El Nuevo Procedimiento Penal en México". Editorial Porrúa. México. 1994. p.276.

(92) Tesis jurisprudencial 402. Apéndice 1917-1975. Tercera Parte. Segunda Sala. pp. 666-667.

aplicables al caso y se expresan los motivos que precedieron a su emisión. Para integrar el segundo elemento, es necesario que los motivos invocados sean reales y ciertos y que, conforme a los preceptos invocados, sean bastantes para provocar el acto de Autoridad". (93)

En este mismo orden de ideas, el maestro Vela Treviño ha dicho lo siguiente: "Es conveniente citar que en materia penal, el juez es y debe ser siempre, el más dogmático de los juristas, porque conforme a nuestro sistema, sus actos tendientes a la determinación del delito se encuentran limitados por los mandamientos constitucionales que los obligan a fundar y motivar sus resoluciones y le prohíben aplicaciones analógicas perjudiciales al reo y, sobre todo, que le imponen el más absoluto respeto al principio de legalidad; o sea, está sometido al dogma superior que constituye la existencia de la ley previa. Esta, sin embargo, yace según se ha dicho, inerte y flácida, pero vive y se yergue al contacto con la realidad fáctica que le da el hecho que va a ser motivo de enjuiciamiento.

La ley es dogma, mas no fetiche intocable, y el juez tiene que vivificarla al decir el Derecho mediante el proceso de subsunción relativo a la tipicidad: debe, interpretando la ley, resolver si un hecho determinado encuadra o se subsume en la hipótesis contenida en el tipo. En este proceso lógico se resuelve acerca de la tipicidad, que viene así a convertirse en la actualización misma del principio de legalidad, ya que siguiendo todo el razonamiento, se debe resolver si el hecho determinado se encuentra exactamente previsto como delictuoso en la ley, que no es otra cosa sino la afirmación del adage nullum crimen, sine lege". (94)

(93) Amparo en revisión 9746/1966. Genaro Torres Medina. Enero 11 de 1968. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mtro. Guerrero Martínez, 2ª Sala.-Sexta Epoca. Volumen CXXVII. Tercera Parte. p.21.

(94) Vela Treviño, Sergio. "Miscelánea Penal". Ed. Trillas. México, 1990. pp.16-17.

Ahora bien, la viabilidad del recurso de apelación se halla regida por la existencia de un agravio. Dicho en otros términos: es impertinente el recurso sin agravio que reparar. Aquél es, manifiesta Pallares, "la lesión o perjuicio que recibe una persona en sus derechos o intereses por virtud de una resolución judicial", y más adelante agrega, "una copiosa jurisprudencia ha establecido que la expresión de agravios debe llenar los siguientes requisitos para ser eficaz:

a.- Ha de expresar la ley violada;

b.- Ha de mencionarse la parte de la sentencia en que se cometió la violación;

c.- Deberá demostrarse por medio de razonamientos y citas de leyes o doctrinas, en qué consiste la violación". (95)

En este orden de ideas el maestro Obregón Heredia opina lo siguiente: "Las violaciones que pueden causarse al recurrente por el juzgador en la sentencia, tiene como motivos:

a) Porque la operación lógica-científica realizada por el juez del proceso no consideró la conducta típica dentro de la norma legal que contiene su previsto exacto;

b) Por efectuar una valoración de la prueba en forma contraria a los requisitos legales de validez indicados por el sistema tasado que contiene nuestro Código de Procedimientos Penales;

(95) Pallares, Eduardo. "Diccionario de Derecho Procesal Civil". Ed. Porrúa, México. 1966. p.64.

c) Por existir violación manifiesta en la aplicación de las leyes que regulan la prueba o en la fijación de los hechos, cuando el juzgador hace uso de la facultad que le concede la ley para valorar la prueba conforme al sistema de la libre apreciación;

d) Cuando no se dicta la sentencia condenatoria con base en las circunstancias previstas en los artículos 51 y 52 del Código Penal, determinativos de la individualización de la pena;

e) Por violación a las formalidades procesales esenciales indicadas en el artículo 431 de este Código". (96)

Por otra parte, cuando el defensor del acusado no expone los agravios que le causa la sentencia apelada, el Ad quem tiene obligación, según se desprende del artículo 364 del Código Federal de Procedimientos Penales, de suplir la deficiencia de dichos agravios en todo lo que le beneficie al sentenciado. Criterio que en este mismo sentido exige la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente jurisprudencia:

"SUPLENCIA DE LOS AGRAVIOS EN APELACION.- Aun cuando el defensor del quejoso no haya expuesto los agravios que a su representación causa la sentencia de primer grado, la máxima suplencia de ellos se desprende de la lectura y de la prudente interpretación del artículo 364 del Código Federal de Procedimientos Penales. El espíritu de dicha disposición legal fue evitar que un acusado quede desamparado por no haberse alegado debidamente las violaciones que originó la sentencia reclamada. Proscrita en nuestras leyes procesales la Reformatio in peius, no se pretende que el tribunal de segunda instancia vuelva al sistema de la revisión de

(96) Ob. cit. p.247.

oficio que establecían ordenamientos procesales ya abrogados, sino que actúe en armonía con el criterio liberal que estatuye la Carta Fundamental de la República, de que todo acusado disfrute de la más amplia libertad para su defensa, a fin de evitar que sea condenado injustamente". (97)

Por último, cuando apela solamente el acusado o su defensor, el tribunal de segunda instancia está impedido para aumentar o agravar la situación jurídica del sentenciado, según se desprende de la siguiente jurisprudencia:

"APELACION EN MATERIA PENAL. NON REFORMATIO IN PEIUS.- Si únicamente apelan del fallo de primera instancia el acusado y su defensor, la autoridad de segunda instancia no está capacitada para agravar la situación jurídica de dicho acusado". (98)

(97) Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. X. A.D. 4394/57, Austreberto Alcaraz Parra. Unanimidad de 4 votos. p. 123.

(98) Quinta Epoca: Apéndice de jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación, Segunda Parte. Primera Sala. p. 73.

III.2.- EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO (CONCEPTOS DE VIOLACION)

Este juicio de amparo indirecto o bi-instancial se inicia con una demanda que deberá contener los requisitos que nos pide el artículo 116 de la Ley de Amparo, misma que deberá presentarse ante el Juez de Distrito y en el cual se reclama el auto de formal prisión dictado por la autoridad responsable en contra del quejoso. Este amparo tiene la finalidad de que el Juez de Distrito constate si el acto reclamado es o no constitucional.

Una vez presentada la demanda de garantías, el Juez de Distrito estudia ésta para admitirla o desecharla, antes de resolver propiamente el inicio del proceso de amparo, y si no encuentra algún motivo manifiesto e indudable de improcedencia, dicta un auto en el que admite la demanda, tal auto sirve igualmente para pedir a la autoridad o autoridades responsables su informe con justificación, y en el mismo señala día y hora en que debe celebrarse la audiencia de fondo.

En esta audiencia constitucional se van a desahogar las pruebas aducidas por las partes y se oirán los alegatos que las mismas formulen para apoyar sus pretensiones. Tal audiencia constitucional se debe llevar a cabo aunque la autoridad responsable no rinda su informe con justificación, siempre y cuando sea debidamente notificada, lo cual se demostrará con el talón de notificación o en su caso el acuse de recibo que deberá obrar en el expediente, ya que como es sabido en el caso de que la responsable sea omisa en su informe justificado, el acto reclamado se tendrá como cierto, salvo prueba en contrario, y el Juez de Distrito le aplicará una multa en la sentencia respectiva.

Otra hipótesis es cuando la autoridad responsable rinda su informe justificado, ofreciendo como prueba solamente copias certificadas del acto reclamado, es decir, del auto de formal prisión, quedando en ambos casos "a cargo del quejoso la prueba de los hechos que determinen su Inconstitucionalidad cuando dicho acto no sea violatorio de garantías en sí mismo, sino que su constitucionalidad o Inconstitucionalidad depende de los motivos, datos o pruebas en que se haya fundado el propio acto".
(99)

Lo anterior es bastante para que según criterio de muchos jueces federales, se encuentren en imposibilidad jurídica de examinar las violaciones constitucionales hechas valer en la demanda de garantías, lo que se traduce en la negativa de otorgar el amparo y protección de la justicia federal.

En estos casos considero que el Juez de Distrito se encuentra legalmente obligado a recabar de oficio las pruebas que sirvieron de apoyo a la responsable ordenadora para dictar el auto de formal prisión reclamado, toda vez que cuando la inconstitucionalidad del acto se haga consistir en la falta de fundamentación y motivación, tal controversia es estrictamente sobre derecho y éste no está sujeto a prueba.

Al negar el amparo por "encontrarse en la imposibilidad jurídica de examinar las violaciones constitucionales ante la ausencia de pruebas", el Juez de Distrito hace uso incorrecto de la facultad discrecional que le otorga el artículo 78 en su párrafo tercero de la Ley de Amparo, en virtud de que la autoridad responsable al rendir su informe con justificación solo se limita a exhibir copias certificadas del auto de

(99) Artículo 179 tercer párrafo de la Ley de Amparo.

formal prisión reclamado, sin que hasta la fecha de celebración de la audiencia constitucional haya remitido al Juez Federal las constancias en que se apoye su determinación, y sin que la parte quejosa hubiere aportado por negligencia de su defensor o representante legal, dichas documentales para acreditar la inconstitucionalidad del acto reclamado.

De igual manera considero que el Juez de Amparo actúa en forma incorrecta, porque si bien es cierto que genéricamente el artículo 149 párrafo tercero de la Ley de Amparo, dispone que la carga de la prueba de los hechos que determinan la inconstitucionalidad del acto reclamado le corresponde al quejoso, no menos cierto es que en materia penal debe aplicarse el principio de la suplencia de la queja que, en los términos del párrafo tercero del artículo 78 de la Ley de Amparo, se extiende a la suplencia de "recabar oficiosamente las pruebas que, habiendo sido rendidas ante la responsable, no obren en autos y estime necesarias para la resolución del asunto".

También considero ilegal que el Juez Federal lleve a cabo la audiencia constitucional sin tener a la vista las documentales necesarias y sin haber recabado oficiosamente éstas para dictar su resolución, lo cual lesiona de esa forma los intereses del quejoso, toda vez que no hay que olvidar que actualmente la suplencia de la queja de acuerdo con el contenido del artículo 76 bis de la Ley de Amparo, en materia penal, no es potestativa sino obligatoria, lo cual opera aún ante la ausencia de conceptos de violación o de agravios del inconforme.

Asimismo propongo que debiera exigirse una mayor instrucción a los resolutores en el sentido de cómo deben entenderse los indicios que se

desprenden de una averiguación previa así como enlazarlos lógicamente, toda vez que muchos jueces tienen como acreditada "a vuela pluma" la responsabilidad del procesado con simples conjeturas que no constituyen verdaderos indicios, decretándoles en el término constitucional su formal prisión y siempre basándose en la siguiente ejecutoria: "Para motivarlo, la ley no exige que se tengan pruebas completamente claras que establezcan de un 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". (100)

En efecto, muchos jueces confunden la prueba presuncional con los indicios, pues no hay que olvidar que, "presumir" deviene del latín "praesumere", que significa tanto como tomar anticipadamente una opinión, pero este significado no satisface obviamente las exigencias del científico, quien tiene por misión no formar opiniones a priori, sino a posteriori, es decir fundadas en la demostración. Los jueces olvidan que las presunciones no son medios de prueba, enderezados a demostrar la existencia histórica de un hecho, sino el mismo hecho demostrado por el razonamiento.

"No hay que confundir el indicio con la presunción. El primero es un hecho conocido, susceptible de llevar racionalmente al conocimiento de otro desconocido, en virtud de la relación existente entre ambos. Presunción es la consecuencia obtenida por inferencia inductiva o deductiva según los casos del hecho conocido". (101)

Presunción es la consecuencia que la ley o el juez deducen de un

(100) Tesis consultable bajo el rubro AUTO DE FORMAL PRISION, Apéndice de jurisprudencia de 1983-1985 del Seminario Judicial de la Federación, Segunda Parte, Primera Sala, p.88.

(101) Arilla Bas, Fernando. ob. cit. p.153.

hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido.

"La denominada impropriamente "prueba presuncional" se desarrolla a través de un proceso lógico, que cuenta con los tres elementos siguientes:

a) Objetividad.- Es un hecho conocido, probado plenamente por cualquier medio formal o por inferencia;

b) Un hecho desconocido; y

c) Una relación de causalidad (llamada enlace necesario por los Códigos Procesales Penales de nuestro país) entre ambos hechos.

La presunción, consecuencia inducida o deducida del hecho conocido, reviste las siguientes características:

A) Objetividad.- Es un hecho histórico, descubierto por el juez, no formado por él.

B) Definitividad.- Es una conclusión no una hipótesis. La primera se alcanza, precisamente por la eliminación de la segunda; y

C) Singularidad.- Las hipótesis, antes de ser eliminadas todas menos una, son plurales, en tanto que la presunción, que es la hipótesis no eliminada, tiene que ser lógicamente singular.

La reunión de las tres características, garantiza la observancia del

dogma de la exacta aplicación de la Ley Penal. Si el juez formara la presunción no aplicaría la ley a un hecho real, sino ideal. Y si entre varias presunciones eligiera una, correría el riesgo de que la elegida no respondiera a la realidad". (102)

De todo lo anterior y del artículo 19 Constitucional, se desprende que el auto de formal prisión debe contener requisitos de fondo y forma, los primeros se refieren a los elementos del tipo penal del delito de que se trate (el cual siempre debe estar acreditado) y la probable responsabilidad del procesado; los requisitos de forma lo constituyen la expresión del delito que se imputa al acusado y los elementos que constituyen aquel, entre otros.

Ahora bien, cuando en la resolución judicial de la que se viene hablando, se violan los requisitos de fondo (por inobservancia o por falta de aplicación de la ley) da lugar a la protección federal y cuando faltan los requisitos de forma, se concede el amparo para el efecto de que se subsane, mediante la debida fundamentación y motivación la carencia de estos requisitos.

Para finalizar, es pertinente aclarar que el juicio de amparo indirecto en materia penal, procede en contra de todo auto o resolución dictada fuera de procedimiento, durante o después de concluido éste, dictado por la autoridad judicial que tienda a violar las garantías individuales, entendiéndose como éstas, los casos a que se refiere el artículo 160 de la Ley de Amparo, siempre y cuando no se trate de sentencias definitivas. (103)

(102) Idem. p.154.

(103) Artículo 114 de la Ley de Amparo.

III.3.- EL RECURSO DE REVISION (PROCEDENCIA Y FUNDAMENTACION)

En términos generales los recursos parten de dos principios perfectamente entendibles que los fundamentan y les otorgan su esencia: A) La falibilidad humana y B) El derecho a la defensa que tiene la persona contra aquellas determinaciones que la afectan.

Es común que las resoluciones al ser falladas por seres humanos; éstos yerren en las mismas ya sea por equivocaciones, por limitaciones o por otra causa, provocándole consiguientemente, al en este caso llamado quejoso, un agravio, y ante tal, la ley le otorga al mismo varios medios de impugnación que revoquen, modifiquen o confirmen tal resolución.

En efecto, estos recursos en materia de amparo, el Maestro Eduardo Pallares nos dice que "son los medios de impugnación que la ley otorga a las partes o a terceros, para defenderse contra las resoluciones judiciales, leyes o actos -incluso abstenciones u omisiones-, contrarias a la justicia o violatorias de las leyes que los rigen". (104)

El artículo 82 de la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 Constitucionales, señala que los únicos recursos en materia de amparo son: revisión, queja y reclamación, por lo que a continuación sintetizaremos y comentaremos únicamente el recurso de revisión.

El recurso de revisión es el más importante porque mediante él se impugnan los autos más trascendentes o las sentencias del juicio mismo, y procede según el artículo 83 de la Ley de Amparo:

(104) Pallares, Eduardo. "Diccionario Teórico y Práctico del Juicio de Amparo". Ed. Porrúa. México, 1967, p.202.

"IV. Contra las sentencias dictadas en la audiencia constitucional por los jueces de Distrito, o por el superior del tribunal responsable, en los casos a que se refiere el artículo 37 de esta Ley. Al recurrirse tales sentencias deberán, en su caso, impugnarse los acuerdos pronunciados en la citada audiencia".

PROCEDIMIENTO.- El término para interponer el recurso de revisión, es de diez días contados a partir del día siguiente al en que surta sus efectos, la notificación de la resolución recurrida, tal recurso, deberá interponerse por escrito, en el cual el recurrente expresará los agravios que le cause la resolución y junto con el cual, deberá anexar las copias necesarias para el expediente y para cada una de las partes. Si faltan tales copias, el Juez o Tribunal ante quien se presentó el recurso, prevendrá al recurrente para que presente las faltantes dentro del término de tres días. Si el recurso se interpone contra la resolución de un Tribunal Colegiado de Circuito, el agraviado transcribirá en su escrito la parte de la sentencia que contenga la calificación de la ley inconstitucional o establezca la interpretación del precepto constitucional.

Una vez recibido el escrito en el cual el quejoso interpone la revisión junto con los agravios, o desahogada la prevención antes mencionada, la autoridad que resolvió, deberá mandar el expediente original a la Suprema Corte de Justicia o al Tribunal Colegiado de Circuito según corresponda dentro del término de veinticuatro horas, y estos tribunales decidirán si admiten o desechan el recurso de revisión interpuesto, y una vez que se le dé vista al ministerio público federal, resolverán dentro del término de quince días.

Es a estas alturas donde deseamos compartir con el lector una inquietud que nos ha quedado en nuestra corta experiencia como estudiantes de leyes.

Cuando el defensor de un procesado interpone el juicio de amparo en contra del auto de formal prisión, y el Juez de Distrito le otorga al quejoso el amparo y protección de la justicia federal por haber considerado que no existían indicios suficientes para procesar al quejoso o bien que tal acto reclamado no reúne los requisitos del artículo 19 Constitucional es común que la autoridad responsable, en estos casos el juez penal, interponga con todo derecho el recurso de revisión en contra de la resolución del juez de distrito, pero lo curioso del asunto está, que aún siendo criterio de una autoridad federal, que el quejoso no debe ser procesado, la autoridad responsable al interponer el recurso comentado no le concede la libertad al amparado, y éste tiene que esperar tal vez dentro del reclusorio dos o tres meses más para saber su situación.

Lo anterior considero además de injusto e inhumano, como contrario al espíritu del legislador, toda vez que concedido el amparo y protección de la justicia federal a favor del quejoso, por considerar el acto reclamado dictado por la autoridad responsable como inconstitucional deberá concedérsele su libertad al quejoso sin perjuicio de que la responsable al interponer el recurso de revisión, éste se substancie en efecto simplemente devolutivo y no suspensivo.

En otro orden de ideas, es importante señalar que a partir de la última reforma a la Ley de Amparo publicada en el Diario Oficial de la

Federación el día 10 de enero de 1994, se brinda mayor seguridad jurídica a los quejosos que promueven un amparo indirecto en contra del auto de formal prisión, toda vez que ahora no se puede dictar sentencia por la autoridad responsable hasta que se resuelva primeramente el amparo de que se viene hablando. (105)

En este sentido, considero que lo que el legislador trató de evitar es que los Jueces de Distrito se tarden bastante tiempo para resolver el juicio de garantías que se les plantea, toda vez que antes de las reformas la autoridad responsable dictaba sentencia en el juicio principal y como consecuencia el Juez Federal emitía su resolución en el sentido de sobreseer el amparo promovido por el entonces procesado, en virtud de haber cambiado la situación jurídica del quejoso.

(105) Artículo 73 fracción X de la Ley de Amparo.

IV. EL INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS

Se hace necesario hablar de manera breve de lo que los autores entienden en general por incidente, y así el maestro Eduardo Pallares manifiesta que: "La palabra incidente dice Emilio Reus (Ley de Enjuiciamiento Civil 2- 285), deriva del latín, incido incidens (acontecer, interrumpir, suspender) significa en su acepción más amplia, lo que sobreviene accesoriamente en algún asunto o negocio fuera de lo principal y jurídicamente la cuestión que sobreviene entre los litigantes durante el curso de la acción principal. La palabra incidente puede aplicarse a todas las excepciones, a todas las contestaciones, a todos los acontecimientos accesorios que se originan en un negocio o interrumpen o alteran o suspenden su curso ordinario". (106)

Para Don Demetrio Sodi se llama incidente o incidencia, toda cuestión que surja en el curso del juicio, y con mayor propiedad toda controversia que entorpezca la marcha regular de lo que es objeto del juicio, y que por su naturaleza debe tramitarse y resolverse de un modo especial. (107)

Para Jaime Guasp se llama incidente toda cuestión promovida con motivo de otra que se considera principal. (108)

Castillo Larrañaga y Pina dicen que con la palabra incidente (o artificio) en su acepción procesal, bien se estime derivado del latín incido, incidens (conocer, cortar, interrumpir, suspender) o del verbo cadere y de la preposición in (caer en, sobrevenir) se expresa la

(106) "Diccionario de Derecho Procesal Civil". ob. cit. p.333.

(107) Citado por Willebaldo Bazarte Cerdán. "Los Incidentes en el Procedimiento Civil Mexicano". Editorial Librería Carrillo Hermanos e Impresores. México. 1990. p.11.

(108) Idem, p.12

cuestión que surge de otra considerada como principal, que evita ésta, la suspende o interrumpe y que cae en o dentro de esta otra o que sobreviene con ocasión de ella. (109)

En este orden de ideas, el maestro Javier Piña y Palacios en forma por demás sintética y pedagógica nos explica: "Modificaciones de la Estructura del Proceso: El proceso está correctamente estructurado cuando se encuentran formal y definitivamente constituidas las partes que lo integran: cuando la instrucción, ya formada, imparte conocimientos precisos y claros sobre que hay un delito perfectamente clasificado y delimitado; cuando en el período preparatorio a juicio de las partes, utilizando todos los elementos instructorios, han adoptado una firme posición para el juicio y sentencia han tenido lugar, en forma correcta y firme la transformación de la ponencia en juicio y del juicio en sentencia.

Si hay una causa que modifica esa estructuración, hay una incidencia una cuestión; algo cuestionado o controvertido y surge, en una palabra, una incidencia que altera el curso normal del proceso.

Lo normal en el proceso es que el procesado este privado de su libertad; lo normal en el proceso es que se obtenga la libertad hasta que haya sentencia absolutoria; si obtiene la libertad en el curso del proceso éste se altera; si la obtiene por otro medio que no sea la sentencia absolutoria; el curso normal del proceso no es normal. Esa obtención por mal estructura del mismo proceso; obtener la libertad bajo caución y obtener la libertad por desvanecimiento de datos es alterar el curso normal en el primer caso y modificar la estructura del proceso en

(109) *Idem*, pp.12-13.

el segundo". (110)

El fundamento legal del incidente de libertad por desvanecimiento de datos, se encuentra establecido en los artículos 546 y 547 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y que a la letra rezan lo siguiente:

"Artículo 546.- En cualquier estado del proceso en que aparezca que se han desvanecido los fundamentos que hayan servido para decretar la formal prisión o sujeción a proceso, podrá decretarse la libertad del procesado, por el juez, a petición de parte y con audiencia del Ministerio Público, a la que éste no podrá dejar de asistir".

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

I Cuando en el curso del proceso se hayan desvanecido, por prueba plena, las que sirvieron para comprobar los elementos del tipo penal;
II Cuando, sin que aparezcan datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido, por prueba plena, los señalados en el auto de formal prisión o sujeción a proceso, para tener al procesado como probable responsable".

Ahora sí, ya estamos en posibilidad de entender que es el incidente de libertad por desvanecimiento de datos y bien podemos decir que "es un estudio que se le presenta al juez de la causa con el fin de obtener la libertad de un procesado en el momento en que por prueba plena se han desvanecido los elementos comprobadores del tipo o de la responsabilidad plasmados en el auto de formal prisión o en el de sujeción a proceso".

(110) Ob. cit., pp.222-225.

La concepción anterior nos lleva de la mano al fondo de la investigación, pues tenemos que explicar para entender, distintos conceptos que atañen o competen a la esencia misma de lo tratado. Así, tenemos que entender:

- a) Qué es prueba plena.
- b) Qué es el corpus delicti y el tipo penal.
- c) Qué es la responsabilidad penal.
- d) Cuáles son los fundamentos del auto de término constitucional.

Esto es, con el fin de estar en posibilidad de "darnos cuenta" en que momento del procedimiento penal puede intentarse, con buenas posibilidades de éxito, el incidente de libertad por desvanecimiento de datos.

- a) Qué es prueba plena.

Por prueba plena, entendemos todos aquellos elementos que lleven al ánimo del juzgador la convicción que los datos habidos en la averiguación previa (artículo 16 Constitucional) y durante el procedimiento judicial (artículos 19, 20 y 21 Constitucionales) han sido contradichos, argumentados y probados. Así que la ley (artículos 547 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 422 del Código Federal de Procedimientos Penales) al referirse al requisito de prueba plena, pienso que se refiere a la prueba "como un todo" y no a un solo elemento

de convicción, igualmente me doy cuenta de que la "plenitud" a que hace mención la ley es una operación lógica que debe realizar el juzgador hasta llegar a la convicción o certeza de la veracidad de lo que se argumenta. Esto abre la puerta a la prueba presuncional que debe operar a favor del encausado. Pues de acuerdo con la opinión de nuestros máximos tribunales por ella entendemos:

"PRUEBA PRESUNTIVA.- Es cierto que a través de indicios se puede constituir prueba plena, pero deben tener carácter unívoco, ello es, su significación debe ser tal que no puedan interpretarse sino en la dirección de responsabilidad indiscutible; así entonces, lo afirmado como probable, en la sentencia no basta para que ella sea condenatoria; un gran número de indicios equívocos, no constituye sino eso, pero en ninguna forma deberá llevar a la convicción de la autoría indiscutible de un hecho". (111)

"PRUEBAS, VALORACION DE LAS.- Es obligación de los tribunales de instancia, analizar razonadamente todas y cada una de las pruebas que pueden 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". (112)

"PRUEBAS, VALORACION DE LAS.- Para llegar al conocimiento de la verdad, el mejor medio lo constituye la estimación de todas las pruebas que aparezcan en autos, no considerándolas aisladamente, sino adminiciando unas con otras, enlazando y relacionando a todas". (113)

- (111) Amparo Directo 7122/1964. Isidro Vizárraga Mata. Junio 15 de 1971. Unanimidad. Ponente: Mtro. J. Ramón Palacios Vargas. Sala Auxiliar.- Séptima Época. Volumen 30. p.39.
(112) Jurisprudencia 253. Sexta Época. p.547. Volumen. 1º Sala Segunda Parte. Acéndice 1917 1975; anterior. Acéndice 1917-1975. Jurisprudencia 237. p.483.
(113) Amparo Directo 3815/1972. Autobuses de Occidente, S.A. de C.V. Julio 16 de 1973. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mtro. Ernesto Solís López. 3º Sala. Séptima Época. p.49.

"PRUEBAS, VALORACION DE LAS.- Valorar las pruebas, primero separadamente, y después en su conjunto, con el fin de demostrar que con ambos sistemas se llega a la misma conclusión, no puede ser violatorio de garantías". (114)

"PRUEBA(S). EL JUZGADOR DEBE ATENDER A TODAS LAS QUE SE HALLEN EN LOS AUTOS.- El juzgador no solamente está facultado sino que por derivar así de la naturaleza de su función, se encuentra obligado a producir su fallo teniendo en cuenta todas las constancias que se hallen en los autos, independientemente de que éstas se localicen en el cuaderno principal del juicio, en los cuadernos de prueba o en los que corresponden a alguna cuestión incidental". (115)

"PRUEBA PLENA.- Hay prueba plena cuando del conjunto de datos que obran en la causa se llega a la certeza de la imputación hecha". (116)

Siguiendo el mismo orden de ideas, Marco Antonio Díaz de León cita la opinión del jurista Francisco Carrara al hablar de la prueba plena y señala lo siguiente: "En general se llama prueba todo lo que sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición. La certeza está en nosotros; la verdad, en los hechos. Aquella nace cuando cree que conoce a ésta; mas, por la fallibilidad humana, puede haber certeza donde no haya verdad, y viceversa. Únicamente en Dios se unifica la una y la otra, la certeza deja de ser completamente objetiva y la verdad subjetiva del todo.

Respecto a un hecho podemos encontrarnos en cuatro estados distintos: de ignorancia, de duda, de probabilidad o de certeza. Todo lo

(114) Amparo Directo 4306/1970. Vladimiro Von Berner Serbolov. Febrero 10 de 1972. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mtro. Enrique Martínez Ulloa. 3ª Sala. Séptima Época. p. 59.

(115) Amparo Directo 1222/1969. Augusto Daumás Davignon. Abril 20 de 1970. Unanimidad. Ponente: Mtro. Enrique Martínez Ulloa. 3ª Sala. Séptima Época. Volumen 16 Cuarta Parte. p. 22.

(116) Directo 1174. Librado Contreras. Resuelto el 13 de enero de 1964, por Unanimidad de 4 votos. Ausente el Sr. Mtro. González Bustamante. Ponente el Sr. Mtro. Vela. n. 97.

que sirva para hacernos progresar desde el primero hasta el último de los estados, se llama prueba. Cuando la prueba nos conduce a la certeza, se llama plena; cuando nos lleva a la probabilidad, se llama semiplena. Esta no es suficiente para declarar la culpabilidad, pues la certeza es la única base de una condena; pero hay que recordar que la probabilidad es necesaria para legitimar la acusación; y aunque parezca que Cicerón (Pro Roscio, cap. XX) deseaba cierta amplitud para enviar a juicio, ya que en ese sistema el envío no acarrea encarcelamiento (in terrimo carcere) sin embargo, no hemos de creer, basados en su autoridad, que sin alguna prueba, por lo menos semiplena, pudiera decretar un juicio.

Considerada por los filósofos en los elementos desde los cuales pueden llegar hasta nosotros, la certeza se llama metafísica cuando procede únicamente del raciocinio; física, cuando procede de los sentidos corporales, y moral (o histórica) cuando procede de testimonios ajenos. La certeza metafísica es necesaria; la física es constante; y la moral es contingente. En estas tres pueden insinuarse el error; pero en la metafísica, éste no puede ser causado sino por algún vicio lógico; en la física, fuera del vicio lógico, su causa puede estar en la alucinación de los sentidos; y en la histórica, además del vicio lógico y la alucinación su causa puede ser la mentira del que atestigua lo falso como verdadero. Por lo cual (aunque Filangiere, Brugnoti y otros hayan discutido en contra), parece exacta la regla de que la certeza metafísica prevalece sobre la física, y ésta sobre la histórica.

Con todo, en los juicios criminales, respecto a la verificación del hecho, no es posible obtener ni certeza metafísica pura, ni certeza física, y hay que contenerse con la histórica". (117)

(117) Díaz de León, Marco Antonio. "Diccionario de Derecho Procesal Penal". Tomo II. Editorial Porrúa. México 1906. p.1422.

b) Qué es el corpus delicti y el tipo penal.

En palabras de Marco Antonio Díaz de León diremos que el cuerpo del delito es el conjunto de elementos objetivos, subjetivos y normativos que integran el tipo penal. (118)

Por su parte García Ramírez refiere que: "La tendencia moderna de la doctrina mexicana se pronuncia, de plano, en el sentido de referir el cuerpo del delito a los elementos plenarios del tipo. Distinguiendo entre los de carácter objetivo, los subjetivos y los normativos, se afirma que el cuerpo del delito existe cuando se hallan debidamente integrados tales elementos, en los términos del tipo correspondiente." (119)

Por su parte la jurisprudencia dice del viejo concepto de "cuerpo del delito" lo siguiente: "Siendo la comprobación del cuerpo del delito la base del proceso penal, no estando acreditados en forma alguna los elementos constitutivos del tipo delictivo, no puede declararse la responsabilidad penal". (120)

"CUERPO DEL DELITO, COMPROBACION DEL.- La comprobación del cuerpo del delito es la base del proceso; por lo tanto no estando acreditados la totalidad de los elementos constitutivos del tipo delictivo, pero ni siquiera la modalidad del mismo, no puede declararse la responsabilidad jurídica penal". (121)

En síntesis como dijera el maestro Mariano Jiménez Huerta en su discurso de admisión a la Academia Mexicana de Ciencias Penales titulado "Corpus Delicti y Tipo Penal": "el cuerpo del delito es igual al

(118) "Diccionario de Derecho Procesal Penal". Tomo I. ob. cit. p.505.

(119) "Derecho Procesal Penal". ob. cit. p.345.

(120) Directo 196/1960. Salvador Martínez Cisneros. Resuelto el 19 de septiembre de 1960, por Unanimidad de 4 votos. Ponente el Sr. Mtro. Mercado Alarcón. 1ª Sala. p.629.

(121) Directo 3110/1959. Nicolás Patricio Molina y coaj. Resuelto el 4 de febrero de 1959, por Unanimidad de 4 votos. Ponente el Sr. Mtro. Chico Goerne. 1ª Sala. p.141.

cumplimiento del tipo en toda su magnitud". (122)

De lo antes expuesto, se desprende la evolución que sufrió el concepto de "cuerpo del delito" hasta ser desplazado por "los elementos del tipo penal", con la reforma primero a la Constitución Federal el día 3 de septiembre de 1993, y después a los ordenamientos procesales Federal y del Distrito Federal en fecha 10 de enero de 1994. Y en virtud de que en el capítulo primero de la presente tesis, se estudió en amplitud "los elementos del tipo penal" que se encuentran establecidos en los artículos 122 del Código Procesal Penal del Distrito Federal y 168 del Ordenamiento Procesal Penal Federal; por lo tanto remito al lector al capítulo antes señalado.

c) La responsabilidad penal.

Cuando se cumple el tipo, es indicio de que la conducta fué antijurídica, que atentó la prohibición que enmarca la ley penal. Este carácter de indicio es el que nos permite hablar de responsabilidad probable.

Una vez que se han comprobado los elementos del tipo y que el juez se ha convencido de que el hecho encuadra en un tipo determinado, está en aptitud de examinar la posibilidad de atribuirlo personalmente al indiciado. De suceder así, restringirá provisionalmente su libertad o lo sujetará a proceso.

De acuerdo con la nueva redacción del artículo 19 del Pacto Federal la responsabilidad es lo que resta del delito, excluidos tipo y cuerpo. Y

(122) Jiménez Huerta, Mariano. "Derecho Penal Mexicano". Tomo I. Ed. Porrúa. México. 1985. D. 38.

éste como lo manifiestan Olga Islas Magallanes y Elpidio Ramírez Hernández (123) "no puede ser otro que la identificación del acusado como autor material, la imputabilidad, la violación de la norma o deber jurídico y la culpabilidad; circunstancias, todas ellas, referentes al sujeto activo. Si a estos datos asociamos una medida de posibilidad, no de certeza, tendremos ya el contenido de la responsabilidad probable o presunta, como la llama la Corte. Sobra decir que la presunción juris tantum, cederá únicamente ante la prueba plena en contrario".

Aunque no comparto completamente la opinión de los creadores del modelo lógico, en virtud de que en capítulos anteriores señale que la responsabilidad al momento de dictarse el auto de término constitucional, debe ser "probable", es decir que se pueda probar y no simplemente que se presuma. Para una mayor comprensión del tema a comento, remitó al lector al capítulo primero de la presente tesis.

Ahora bien, en palabras de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a la responsabilidad nos dice lo siguiente:

"CUERPO DEL DELITO Y RESPONSABILIDAD.- No deben confundirse, ya que aquella noción tiende a fijar la fase externa del acto delictivo por sí en el mundo de relación se dio el hecho que causó la lesión jurídica; en tanto que ésta determina la participación de un sujeto en dicho efecto, de ahí que el legislador permita su procesamiento si hay datos que lo señalan como presunto, y consienta en su libertad en sentencia si los datos no llegan a constituir prueba plena; y en cambio, si se da la lesión jurídica, ésta subsiste antes, en el momento o después de las setenta y dos horas". (124)

(123) Islas Magallanes, Olga y Ramírez Hernández Elpidio. "El Delito en el Derecho de Procedimientos Penales". Revista Jurídica de la Escuela de Derecho de la U.J.A.T., Número 1 p.96.

(124) Directo 6992/1957. Cresencio Abundiz Gómez. Resuelto el 20 de marzo de 1958, por mayoría de 4 votos, contra el del Sr. Mtro. Chávez. Ponente el Sr. Mtro. Mercado Alarcón Srío. Lic. Rubén Montes de Oca. 1ª Sala. Boletín 1958. p.203.

Y por último me queda únicamente saber:

d) Cuáles son los fundamentos del auto de término constitucional.

El fundamento del auto de término constitucional no puede ser otro que el artículo 19 del Pacto Federal en concordancia con el artículo 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Ahora bien, como a lo largo de la presente tesis, en capítulos anteriores quedaron desglosados los fundamentos del auto de término constitucional, remito al lector al primer capítulo.

RECURSOS

Sabido es que el incidente de libertad por desvanecimiento de datos no es una resolución constitucional ni mucho menos incide sobre los elementos contenidos en el auto de término constitucional, se hace necesario hacer uso de la jurisprudencia para clarificar el concepto, pues por una parte el artículo 549 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal manifiesta que la resolución que conceda o niegue la libertad es apelable en ambos efectos y el Código Federal de Procedimientos Penales es omiso al respecto.

A pesar de que en el capítulo tercero del título décimo primero, sección primera, referente a los incidentes de libertad del Código Federal de que se viene hablando, no señala específicamente una sentencia sino de una resolución a dictarse en el incidente a comento. Con base en

el artículo 426 que establece que: "la resolución que conceda la libertad tendrá los mismos efectos que el auto de libertad por falta de elementos para procesar", en concordancia con el artículo 367 fracción V del mismo Código Procesal Penal Federal al imponer: "Son apelables en el efecto devolutivo: ... Fracción V...los autos que concedan o nieguen la libertad por desvanecimiento de datos...", para afirmar el derecho a la interposición del recurso de apelación contra esta resolución. Apoyándose también en una interpretación de los artículos 94, 96, 97, 101 y 102 del mismo cuerpo de leyes en cita.

Y así la jurisprudencia al respecto manifiesta:

"DESVANECIMIENTO DE DATOS, IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DE LA RESOLUCION QUE DECLARE INFUNDADO EL INCIDENTE DE, SI EN SU CONTRA PROCEDE EL RECURSO DE APELACION.- Si bien es cierto que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Jurisprudencia número 43, Segunda Parte, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación establece que cuando se trata de las garantías que otorgan los artículos 16, 19 y 20 de la Carta Magna, no es necesario que previamente al amparo se acuda al recurso de apelación, sin embargo, ésta no es aplicable, en tratándose de la interlocutoria dictada en el incidente de desvanecimiento de datos, ni mucho menos lo dispuesto por los artículos 17 y 37 de la Ley de Amparo, por que esa resolución no restringe directamente la libertad de los gobernados, ni importa peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento judicial, ni alguno de los prohibidos por el precepto 22 Constitucional y tampoco queda comprendido dentro de las garantías que consagran los indicados numerales 16, en materia penal 19 y 20 de Nuestra

Máxima Ley, lo que sí sucedería en los casos de orden de aprehensión, auto de formal prisión, proveído que les niegue el beneficio de la libertad provisional bajo fianza, contemplados en tales garantías y en los que opera el principio de definitividad, que establece el artículo 107, fracción XII Constitucional; sin que en esa salvedad este comprendida la sentencia Interlocutoria que se dicte en el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, porque, se repite no restringe la libertad de los procesados, sino que ésta les fué limitada como consecuencia inmediata de la prisión preventiva a que están sujetos; a más de que, la resolución que declaró improcedente tal incidente, sólo tiene carácter procesal y no constitucional, por lo tanto no se conculcan en forma alguna en su perjuicio las indicadas garantías y por ello debe agotarse previamente el recurso ordinario de apelación antes de intentar el amparo". (125)

(125) Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Amparo en revisión 188/87. Edundo Peláez Muñiz y otros. 7 de julio de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Martín Carrasco. Tribunales Colegiados. Séptima Época. Volúmen 217-228, Sexta Parte, p. 238. Tribunales Colegiados. Informe 1987. Tercera Parte. Tesis 15. p. 26. Con el título "IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN QUE DECLARE INFUNDADO EL INCIDENTE DE DESVANECIMIENTO DE DATOS, SI EN ETC."

V.- LA JURISPRUDENCIA

No siento que cumpliera mi cometido académico al elaborar mi tesis profesional si no incluyera en ella elementos de orden práctico para el acontecer existencial de quien esto lea, pues pensar lo contrario y hacerlo, sería caer en el vicio harto repetido de cumplir con el requisito escolar de pergeñar unas cuantas hojas y mal elaborar un trabajo teóricamente mal tratado y que por lo mismo resulta inútil. Es por ello que he sentido la necesidad de entresacar de la amplia gama de la jurisprudencia mexicana las ejecutorias más importantes que han dejado su impronta en la historia del auto de formal prisión.

El vocablo jurisprudencia tiene dos acepciones. En una de ellas significa la ciencia del derecho. En otra designa la simple interpretación judicial de la ley expresada en un conjunto de sentencias que deciden un punto en el mismo sentido, en forma ininterrumpida, por cinco veces.

La Ley de Amparo hace obligatoria la jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, ya funcionando en pleno o en salas (artículo 192) y los Tribunales Colegiados de Circuito (artículo 193).

La obligatoriedad de la jurisprudencia no pugna, como a veces se ha pensado, con el principio de la división de poderes, que inspira la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La Suprema Corte y los Tribunales Colegiados, en realidad, no crean normas, erigiéndose en órganos legislativos, sino que, por el contrario, interpretan normas ya creadas por los órganos constitucionalmente competentes para crearlas. La interpretación de la ley es función jurisdiccional.

Por lo anterior, si las normas contenidas en la jurisprudencia tienen el carácter de generales, abstractas, impersonales y obligatorias, mismas que comparte con la ley, resulta que aun cuando estas normas no pueden constituir formalmente una ley por no emanar del Poder Legislativo sino del Poder Judicial de la Federación, en realidad se encuentra dotada de los mismos atributos que ella y, por tal razón, resulta lógico considerarla como una ley en sentido material, sobre todo si se toma en cuenta que la obligatoriedad de la jurisprudencia y de las normas en ella contenida ha sido reconocida expresamente por el legislador en los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo. Las tesis de jurisprudencia por lo tanto, son creadoras de derecho.

Ahora bien, una vez precisada la importancia de la jurisprudencia como interpretación de nuestras leyes y expresados los fundamentos de su observancia obligatoria, solo falta por manifestar, que es conveniente acudir a la jurisprudencia con la finalidad de que la autoridad funde y motive sus resoluciones. Según se desprende de la siguiente ejecutoria establecida por nuestros más altos tribunales y que a la letra indica:

"JURISPRUDENCIA Y PRECEDENTES DE LA SUPREMA CORTE. NO SOLO ES POSIBLE SINO CONVENIENTE QUE SE ACUDA A ELLOS PARA FUNDAR LAS SENTENCIAS.- La cita de jurisprudencias y precedentes de la Suprema Corte no sólo es posible hacerla para fundar las sentencias, sino conveniente, pues gracias a ellas es posible adecuar las normas jurídicas a las variadas situaciones concretas que se encuentran regidas por ellas". Amparo directo B560/82.- Guillermo Martínez Aguado.- 5 de agosto de 1983. 5 votos.- Ponente: Mariano Azuela Gutiérrez. 3ª Sala. Séptima Época. Volúmen 175-189. Cuarta Parte. Pág.107.

En virtud de lo anterior, a continuación transcribo y comento las jurisprudencias relativas a el auto de formal prisión y temas relacionados con el mismo, con la finalidad de conocer el criterio e interpretación de nuestros más altos tribunales.

"FORMAL PRISION. RESPONSABILIDAD PENAL DEL ACUSADO EN EL, COMO SE DETERMINA.- Para poder establecer la probable responsabilidad de un acusado en la comisión de un delito que se le impute, lo primero que tiene que definirse es si el delito existe o no, estudiando los hechos imputados a la luz de las disposiciones penales que los definan como delictuosos, expresando sus elementos constitutivos y como quedaron probados en autos; ya que de no comprobarse el cuerpo del delito, base fundamental de todo auto de formal prisión, resultaría ocioso e ilógico, desde el punto de vista jurídico, entrar al estudio de la responsabilidad del inculpado, para dictarle auto de formal prisión, solo por este concepto, independientemente de si el delito existe, pues es obvio que mientras no se demuestre la existencia de un ilícito penal, no puede hablarse de responsabilidad, ni probable, ni de ninguna otra especie, en su comisión".

Amparo en revisión 35/1957. Febrero 12 de 1957. Unanimidad de votos. Tribunal Colegiado del Tercer Circuito. Monterrey.

En efecto, como manifesté en capítulos anteriores para determinar la probable responsabilidad de un inculpado, es necesario primeramente acreditar los elementos del tipo penal del delito de que se trate, fundar y motivar la manera en que fueron comprobados dichos elementos, analizar y valorar las pruebas con estricto apego a el capítulo de valoración probatoria, y solo después de haber realizado esta operación, ya se debe

entrar al análisis de la responsabilidad del probable autor de un delito.

Ahora bien, es práctica común en nuestros juzgados penales que en forma apriorística acrediten un delito determinado, limitándose a transcribir las constancias de la averiguación previa y con ese mismo error de técnica jurídica dan por comprobada la probable responsabilidad de un procesado, dejándolo en completo estado de indefensión, por la inseguridad jurídica con que lo juzgan. Por lo tanto sugiero que nuestros jueces penales sean más estrictos al momento de valorar las pruebas existentes en autos, y confrontarlas con las reglas de valoración probatoria establecidas en los Códigos Procesales Penales tanto Federal cuanto del Distrito Federal.

"TESTIGO SINGULAR. INSUFICIENCIA DE SU IMPUTACION DIRECTA. NO APOYADA EN OTROS DATOS, PARA DICTAR UN AUTO DE FORMAL PRISION.- La sola imputación de un testigo que afirma que el indiciado le platicó ser el responsable de un ilícito, no es suficiente para fincar a éste un auto de formal prisión, si no está corroborada por otros datos que la hagan verosímil, y en su conjunto probable la responsabilidad del inculpado". Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito. Amparo en revisión 180/93. Silverio García Aparicio. 25 de junio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Rubén Pedrero Rodríguez. Secretario: Carlos Gregorio Ortiz García. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación. 8ª Época. Tomo XII. Noviembre. Pág.448.

"El dicho de un coacusado es un simple indicio".

Tesis jurisprudencial. Número 210. Apéndice al Tomo XCVII, pág.415.

"El dicho de un coacusado es solamente indicio insuficiente para justificar un auto de formal prisión".

Tomo XVII, pág. 2066.

"Es violatorio de garantías el auto de formal prisión que se funda en el dicho del coacusado".

Tomo CVII, pág. 2066.

"La declaración de una persona no basta para fundar la formal prisión".

Tomo CVII, pág. 2531.

"La declaración del denunciante, corroborada por la de un pariente de éste no basta para fundar una formal prisión".

Tomo CVII, pág. 2531.

"La declaración de un indiciado tiene tan sólo el valor de un mero indicio, y si es rendida ante la Policía Judicial del Ministerio Público, sostener lo contrario viola el artículo 21 de la Constitución".

Tomo CXII, pág. 441.

"La declaración del coacusado es solamente un indicio que no basta para dictar un fallo condenatorio".

Tomo CIX, pág. 15.

En capítulos anteriores he sostenido que para dictar un auto de formal prisión, es necesario que existan pluralidad de datos de cargo para justificar una detención preventiva, y, también que tales datos sean suficientes e idóneos para llevar al ánimo del juzgador imparcial, la

convicción de la responsabilidad del inculpado, aunque esa certidumbre no se apoye en la prueba legal plena que se requiere para una condena. En consecuencia el dicho de un testigo singular ni siquiera para la formal prisión es bastante, menos puede ser prueba suficiente de la culpabilidad de una persona en un proceso penal.

"La formal prisión sí requiere que los antecedentes que arroje la averiguación sean suficientes, no para hacer posible la responsabilidad del inculpado, entendiéndose por tal la calidad de poder ser, de ser factible, sino que sean suficientes para hacerla probable, entendiéndose por tal calidad no sólo de ser factible, sino que sea verosímil o que se pueda probar, que es lexicológicamente lo que significa el adjetivo probable, empleado por la Constitución en el artículo 19".
Semanao Judicial de la Federación. Tomos C, pág. 90; CVII, pág. 253.

Como lo he manifestado en el capítulo respectivo la tendencia a la arbitrariedad ha inducido a algunos jueces a tergiversar el citado mandamiento, prescindiendo de la pluralidad de datos que la ley requiere y substituyendo la noción de responsabilidad "probable" por la de "posible" que es muy distinta a la expresada por el legislador en el artículo 19 Constitucional. Por lo tanto no yerrán los jueces en la aplicación de las palabras, sino en su comprensión y contenido.

"AUTO DE FORMAL PRISION. CUANDO CARECE DE FUNDAMENTACION Y MOTIVACION, POR FALTA DE VALORACION DE PRUEBAS.- El auto de formal prisión adolece de la debida fundamentación y motivación, cuando es dictado por la autoridad responsable limitándose a enumerar o precisar sólo las constancias que obran en la averiguación, reseñando parte de su contenido, pero sin

externar juicio valorativo sobre la eficacia probatoria de las mismas en relación con todos y cada uno de los elementos que integran la materialidad del ilícito imputado, para concluir así, en forma apriorista, en la afectación del bien jurídicamente tutelado". Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. Amparo en revisión 38/94. Antonio Vargas Coronado. 17 de marzo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Rivas Pérez. Secretario: Ernesto Encinas Villegas. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación. 8ª. Epoca. Tomo XIII. Junio. Pág. 530.

Como lo he sustentado en la presente tesis, al tener el juez penal setenta y dos horas para resolver un auto de formal prisión, evidentemente lo emite en forma precipitada, y en la generalidad de los casos se limita a enlistar los datos que obran en la averiguación previa sin realizar juicio valorativo alguno, y en consecuencia concluye de manera dogmática que se encuentran acreditados los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad, y con su conducta viola el derecho de defensa del procesado, puesto que no detalla claramente la circunstancias de ejecución de la conducta por la que se va a seguir el proceso, por lo tanto emite una resolución infundada e Inmotivada.

"AUTO DE FORMAL PRISION. PRUEBAS. FALTA DE ESTUDIO DE LAS.- Es Inexacto que las pruebas ofrecidas por el quejoso para desvirtuar las imputaciones en su contra, deban estudiarse hasta la sentencia definitiva, pues ello haría nugatorio e intrascendente la garantía otorgada en la fracción V del artículo 20 Constitucional que establece que en todo juicio de orden criminal, el acusado tendrá el derecho a que se le reciban los

testimonios y pruebas que ofrezca".

Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito. Amparo en revisión 13/93 Gerardo Romo Muñoz. 25 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Pérez Herrera. Secretario: Salvador Fernández León. Amparo en revisión 27/93. Horacio Flores Bugarín. 11 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Pérez Herrera. Secretario: Salvador Fernández León. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación. B*. Epoca. Tomo XII. Septiembre. Pág. 185.

Es muy triste que en nuestros juzgados penales que están llamados a impartir la administración de justicia de manera pronta, completa e imparcial, al resolver una situación tan delicada como lo es la privación de la libertad, no tengan en cuenta las pruebas de descargo que presente el procesado ejerciendo su derecho de defensa, puesto que el auto de formal prisión que se encuentra legislado en el artículo 19 Constitucional, debe interpretarse con la "presunción de inocencia" y no de culpabilidad. Por tanto, al no valorarse las pruebas de la defensa en la resolución de la que se viene hablando, se violan sus derechos más delicados que protege la Constitución y denigra la administración de justicia.

"AUTO DE FORMAL PRISION. CASO EN QUE EL JUEZ DE DISTRITO DEBE ANALIZAR SU CONSTITUCIONALIDAD. A PESAR DE QUE LA AUTORIDAD RESPONSABLE NO HAYA REMITIDO CON SU INFORME JUSTIFICADO TODAS LAS CONSTANCIAS PROBATORIAS EN QUE LO SUSTENTO.- Cuando en el juicio de amparo indirecto en que el acto reclamado se hace consistir en el auto de formal prisión dictado en contra del quejoso, la autoridad responsable no remite con su informe justificado todas las constancias probatorias en que se apoyó para dictar

esa resolución, enviando sólo algunas o ninguna, así como copia certificada del propio auto de prisión preventiva, en la que aparecen transcritos los elementos de convicción en que se fundó para emitir esa resolución, incluso los que omitió remitir, y el amparista no suscita controversia en cuanto a la existencia y contenido de las constancias, transcritas; el Juez de Distrito no debe argumentar imposibilidad jurídica para estudiar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado, que equivale a una falta de estudio del propio acto, si de las constancias transcritas se desprenden elementos suficientes para el análisis constitucional correspondiente, es decir, para determinar si se cumplieron o no los requisitos de fondo y forma previstos al respecto por el artículo 19 de la Constitución General de la República". Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Amparo en revisión 248/93. José Ranulfo Aguilar Torres. 7 de julio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortez Galván. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación. 8ª Época. Tomo XIV. Julio. Pág. 469.

En efecto, como lo sostengo en el presente trabajo, los jueces de distrito tienen la obligación de estudiar la constitucionalidad del auto de formal prisión, aún sin tener todas las constancias de la averiguación previa, puesto que por encontrarse legislado en el artículo 19 Constitucional, la controversia es estrictamente sobre derecho y éste no está sujeto a prueba.

"AUTO DE FORMAL PRISION. EXAMEN DE LOS REQUISITOS DE FONDO Y FORMA DEL, EN EL AMPARO.- Es contraria a la técnica del juicio de amparo la conducta del juez de distrito que consiste en limitarse a estudiar en su sentencia

cuando el acto reclamado es el auto de formal prisión, la cuestión relativa a si en ese mandamiento se llenaron los requisitos de forma a que se contrae el artículo 19 constitucional y a conceder el amparo lisa y llanamente. Lo debido es, conforme a las jurisprudencias números 279 y 284 y a la segunda tesis relacionada con esta última, consultables en las páginas cuatrocientos noventa y cuatrocientos noventa y nueve y quinientos, respectivamente, de la Segunda Parte del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación editado en mil novecientos ochenta y nueve, apreciar las pruebas del proceso para determinar primeramente si se encuentran o no satisfechos los requisitos de fondo concernientes a la comprobación del cuerpo del delito y a la probable responsabilidad del quejoso en su comisión, y sólo en la hipótesis afirmativa pasar al estudio del cumplimiento o incumplimiento de los formales, para que en caso de que no se hayan satisfecho, conceder la protección constitucional solamente para que esa omisión sea subsanada".

Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito. Amparo en revisión 4/90. Juez Segundo de Distrito en la Entidad y otra. 2 de mayo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretario: Manuel Francisco Reynaud Carus. Amparo en revisión 146/92. Miguel Palestina Olivier y otro. 10 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez. Secretario: Heriberto Sánchez Vargas.

Efectivamente, cuando el procesado interpone el amparo indirecto en contra del auto de formal prisión, evidentemente que lo que busca es que se le alivie en su situación jurídica, máxime cuando se encuentra privado de su libertad, y al resolver el juez de distrito -después de cuatro meses que es el tiempo en que generalmente tarda en resolverse el juicio

de garantías- concediendo el amparo "para efectos" de que se dicte un nuevo auto constitucional en el que se subsanen las deficiencias de los requisitos formales, hace nugatorio el derecho del gobernado, toda vez que en nada le ayuda dicha resolución, en virtud de no haber analizado los requisitos de fondo de dicho auto. Por lo tanto, primeramente debe verificarse si se comprobaron los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, y una vez que se hayan acreditado, entrar al estudio de los requisitos formales.

"INCIDENTE DE LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS, NO COMPRENDE EL EXAMEN SOBRE LA LEGALIDAD DEL AUTO DE FORMAL PRISION.- El incidente de libertad por desvanecimiento de datos no entraña examen sobre la legalidad del auto de formal prisión en sí mismo y, por ende, no son materia de análisis en el propio incidente los requisitos de fondo y forma que debe satisfacer aquel proveído, pues dicho procedimiento no tiene otra finalidad que establecer si nuevos datos constituyen prueba plena indubitable capaz de desvanecer los que sirvieron como fundamento a aquella resolución. Verificar si estos últimos son suficientes para tener por acreditado el cuerpo del delito o delitos a que se contrae el auto y la probable responsabilidad del inculpado, así como estudiar si ha sido correctamente clasificada la conducta y exactamente aplicada la ley, son cuestiones propias de la apelación, como recurso ordinario, o del juicio de amparo, cuando sea ésta en la vía elegida por el interesado". Amparo en revisión 106/76. Margarito Montijo García. 31 de agosto de 1976. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Manuel Franco. Informe 1976. Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Pág. 23.

En efecto, el incidente de libertad por desvanecimiento de datos no

comprende el estudio de los requisitos de fondo y forma del auto de formal prisión, toda vez que su esencia es acreditar que con nuevas pruebas que se hayan presentado en el transcurso de la instrucción, eliminen los elementos de prueba que sirvieron para fundamentar dicho auto constitucional tanto al comprobar los elementos del tipo cuanto la probable responsabilidad.

comprende el estudio de los requisitos de fondo y forma del auto de formal prisión, toda vez que su esencia es acreditar que con nuevas pruebas que se hayan presentado en el transcurso de la instrucción, eliminen los elementos de prueba que sirvieron para fundamentar dicho auto constitucional tanto al comprobar los elementos del tipo cuanto la probable responsabilidad.

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

PRIMERA.- En el derecho procesal penal mexicano ha quedado superado el viejo concepto de "cuerpo del delito" y en su lugar han tomado carta de naturalización "los elementos del tipo penal", dejando atrás la polémica en torno a la definición del corpus delicti, toda vez que tanto en el artículo 168 del Código Procesal Penal Federal cuanto el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, ambos en su actual redacción especifican claramente los elementos que requiere la Constitución para iniciar un proceso, lo que hace más congruente la liga entre el derecho constitucional y el derecho procesal penal.

SEGUNDA.- Al dictar el juez un auto de formal prisión, primeramente tiene que acreditar en forma plena los elementos del tipo penal y después la probable responsabilidad. Entendiéndola ésta última como aquella que se debe probar y no solo "presumir" como actualmente se hace en nuestro país. Pues ya es tiempo de terminar con la práctica viciosa de los jueces penales, quienes acreditan con los mismos elementos "el cuerpo del delito" y la "presunta" responsabilidad, cuando en realidad se trata de entidades distintas.

TERCERA.- Al no estudiar los jueces las calificativas de un delito en el auto de formal prisión, implica violaciones al derecho de los gobernados de introducir sus propias pruebas y de rebatir las de la contraria; a la imputación, toda vez que no existe una descripción detallada, precisa y clara del hecho, ni calificación legal del mismo; y a la intimidación por no ser concreta, por abarcar sólo los hechos del tipo básico sin establecer los de las circunstancias, no sería expresa

por no señalarse las circunstancias calificantes, no es integral por ocultarse circunstancias relevantes resultantes de la averiguación previa no es completa por no detallarse la totalidad de la imputación y no es oportuna toda vez que las calificativas serán establecidas hasta las conclusiones privando del derecho de defensa al inculpado.

CUARTA.- Entratándose de la libertad provisional, no deben los jueces resolver tomando como argumento toral los elementos del tipo penal de los delitos graves, sino las circunstancias de ejecución del hecho, pues el problema del tipo es genérico, abstracto e impersonal y el hecho es personal, actual y concreto.

QUINTA.- El juicio de amparo indirecto en contra del auto de formal prisión, no debe tener por la sustancia que contiene, el trato burocrático y desconfiado que ha pretendido dársele, pues ha sido la actitud de las autoridades del orden penal las que, con su actuación han traído la desconfianza al gobernado y el aparente abuso de este juicio sul generis.

SEXTA.- El incidente de libertad por desvanecimiento de datos es un estudio que se le presenta al juez de la causa, con el fin de obtener la libertad de un procesado en el momento en que por pruebas plenas se han desvanecido los elementos comprobadores del tipo o de la responsabilidad, plasmados en el auto de formal prisión.

SEPTIMA.- Admiración y aplauso merecen las reformas realizadas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el día 3 de septiembre de 1993, al Código Penal Federal y a los Códigos Procesales

Penales tanto del Distrito Federal cuanto del Federal, el 10 de enero de 1994, en virtud de haber superado viejos conceptos y haber dado aceptación en nuestra legislación a las teorías modernas del derecho penal, en concreto a la teoría finalista de la acción.

B I B L I O G R A F I A

- ADIP, AMADO. "Prueba de Testigos y Falso Testimonio". Editorial Depalma. Argentina. 1983.
- ARILLA BAS, FERNANDO. "El Procedimiento Penal en México". Editorial Kratos. México. 1992.
- BAZARTE CERDAN, WILLEBALDO, "Los Incidentes en el Procedimiento Civil Mexicano". Editorial Librería Carrillo Hermanos e Impresores. México. 1990.
- BDRJA OSORNO, GUILLERMO. "Derecho Procesal Penal". Editorial Cajica. Puebla. 1985.
- CASTRO ZAVALA, SALVADOR. "75 años de Jurisprudencia Penal". Editorial Cárdenas. México. 1981.
- COLIN SANCHEZ, GUILLERMO. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales". Editorial Porrúa. México. 1986.
- COUTURE J., EDUARDO. "Los Mandamientos del Abogado". Editorial Depalma. Argentina. 1986.
- "DERECHOS DEL PUEBLO MEXICANO". Tomo IV. n.e. México. 1967.
- DIAZ DE LEON, MARCO ANTONIO. "Diccionario de Derecho Procesal Penal". Tomo I y II. Editorial Porrúa. México. 1986.
- FROMM, ERICH. "El Miedo a la Libertad". Editorial Paidós. México. 1992.
- GARCIA RAMIREZ, SERGIO. "Curso de Derecho Procesal Penal". Editorial Porrúa. México. 1974.
- GARCIA RAMIREZ, SERGIO. "El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano".(La Reforma de 1993 - 1994). Editorial Porrúa. México. 1994.
- HERRERA LASSO Y GUTIERREZ, EDUARDO. "Garantías Constitucionales en Materia Penal". Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 1979.

- ISLAS MAGALLANES, OLGA. "Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida". Editorial Trillas. México. 1982.
- ISLAS MAGALLANES, OLGA y HERNANDEZ RAMIREZ, ELPIDIO. "El Delito en el Derecho de Procedimientos Penales". Revista Jurídica de la Escuela de Derecho de la U.J.A.T., Número 1. s.f.
- ISLAS MAGALLANES, OLGA y RAMIREZ HERNANDEZ, ELPIDIO. "Lógica del Tipo en el Derecho Penal". Editorial Jurídica Mexicana. México. 1970.
- JIMENEZ HUERTA, MARIANO. "Derecho Penal Mexicano". Tomo I. Editorial Porrúa. México. 1985.
- JURISPRUDENCIA.- Precedentes y Tesis sobresalientes sustentadas por los Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo I al IX. Ediciones Mayo.
- MANCILLA OVANDO, JORGE ALBERTO. "Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal". (Estudio Constitucional del Proceso Penal). Editorial Porrúa. México. 1988.
- MARQUEZ PIÑERO, RAFAEL. "El Tipo Penal". (Algunas consideraciones en torno al mismo). Editorial Universidad Nacional Autónoma de México México. 1992.
- MORENO HERNANDEZ, MOISES. "La Responsabilidad Penal". Conferencia dictada en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México. 1990.
- OBREGON HEREDIA, JORGE. "Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal". (Comentado y Concordado, Jurisprudencia, Tesis y Doctrina). Editorial Obregón Heredia. México. 1990.
- ORELLANA WIARCO, OCTAVIO ALBERTO. "Teoría del Delito". (Sistema Causalista y Finalista). Editorial Porrúa. México. 1994.
- PALLARES, EDUARDO. "Diccionario de Derecho Procesal Civil". Editorial Porrúa. México. 1966.
- PALLARES, EDUARDO. "Diccionario Teórico y Práctico del Juicio de Amparo". Editorial Porrúa. México. 1967.
- PALOMAR DE MIGUEL, JUAN. "Diccionario para Juristas". Ediciones Mayo. México. 1981.

- PIÑA Y PALACIOS, JAVIER. "Derecho Procesal Penal". (Apuntes para un Texto y Notas sobre Amparo Penal). Editorial Talleres Gráficos de la Penitenciaría del Distrito Federal. México. 1948.
- RABASA, EMILIO O. Y CABALLERO, GLORIA. "Mexicano: ésta es tu Constitución" Editorial Miguel Angel Porrúa. México. 1994.
- RIVERA SILVA, MANUEL. "El Procedimiento Penal". Editorial Porrúa. México. 1992.
- VELA TREVIÑO, SERGIO. "Miscelánea Penal". Editorial Trillas. México. 1990.
- VELAZQUEZ, VICTOR. "El Caso Alarcón". n.e. México. 1955.
- WELZEL, HANS. "Derecho Penal Alemán". Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1970.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. "Síntesis de algunas implicaciones del concepto finalista en la Teoría General del Delito". *Criminalia*, Año XXXVII Número 10. México. 1971.
- ZAMORA-PIERCE, JESUS. "Garantías y Proceso Penal". (El artículo 20 Constitucional). Editorial Porrúa. México. 1984.